

UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

L'INSTRUCTION DE SERVICE

ET LE

RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

THÈSE

POUR LE

Doctorat (Sciences politiques et économiques)

Présentée et soutenue le Lundi 23 Juin 1924

PAR

Jean-Jacques CHEVALLIER

devant le Jury d'examen

Président..... MM. RENARD, professeur:

Assesseurs { MICHON, professeur.

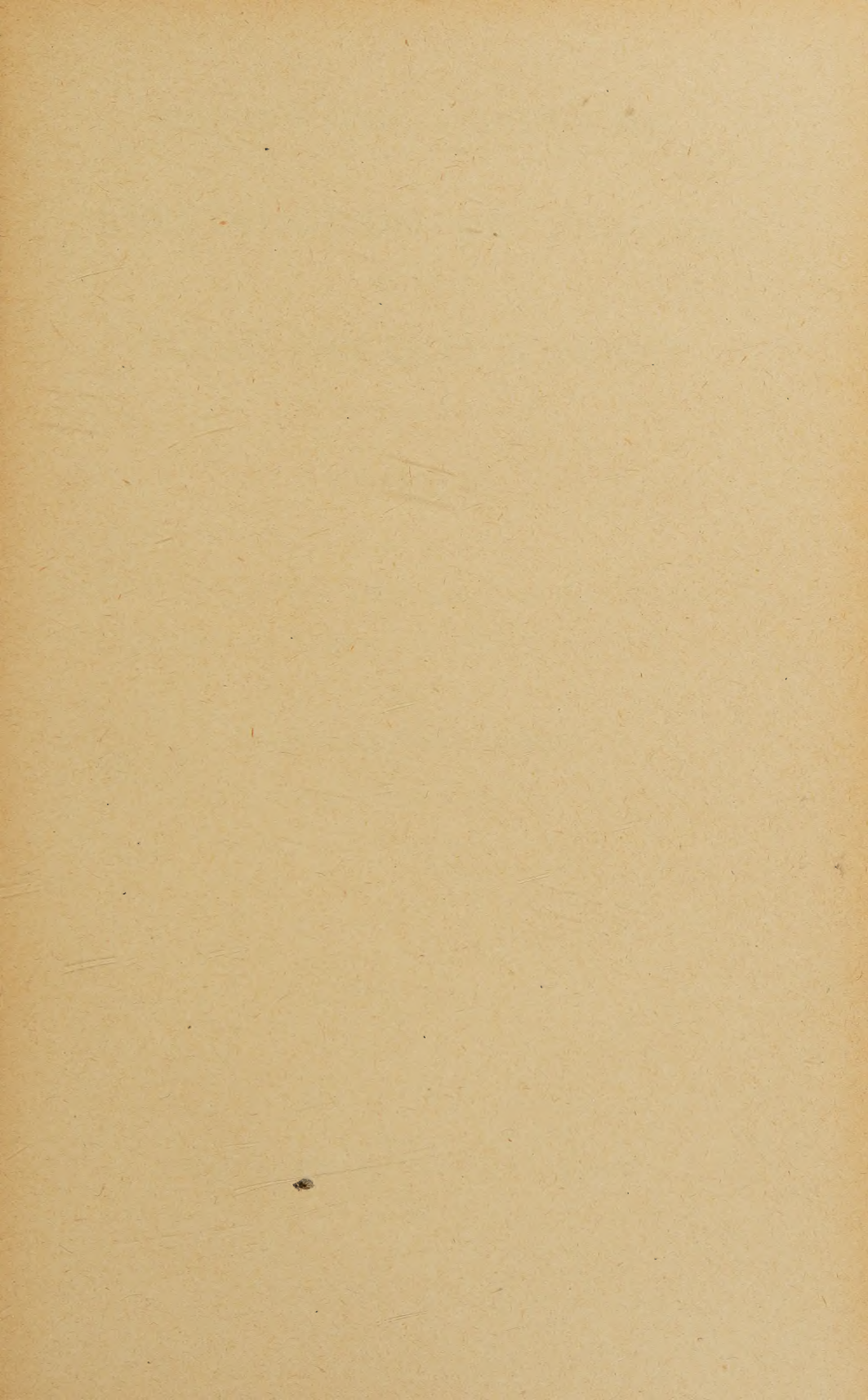
LALOUEL, professeur.



NANCY

IMPRIMERIE NANCEIENNE, 15, RUE DE LA PÉPINIÈRE

—
1924





L'INSTRUCTION DE SERVICE

ET LE

RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

THÈSE

POUR LE

Doctorat (Sciences politiques et économiques)

Présentée et soutenue le Lundi 23 Juin 1924



PAR

Jean-Jacques CHEVALLIER

devant le Jury d'examen

Président..... MM. RENARD, professeur.

Assesseurs } MICHON, professeur.
LALOUËL, professeur.



NANCY

IMPRIMERIE NANCÉIENNE, 15, RUE DE LA PÉPINIÈRE

—
1924

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. GÉNY (*, (I)).

Doyen et professeur honoraire : M. BINET (*, (I)).

Professeurs honoraires : MM. MAY (*, (I)) et GARNIER ((I)).

MM. CHRÉTIEN ((I)), professeur de Droit international public et privé.

GÉNY (*, (I)), professeur de Droit civil.

MICHON ((I)), professeur de Droit romain.

BROCARD ((I)), professeur d'Economie politique.

SENN (*, (I)), professeur de Droit romain à la Faculté de Droit de Paris, chargé de cours de Droit romain à la Faculté de Droit de Nancy.

RENARD ((I)), professeur de Droit public.

HENRY, professeur de Droit criminel.

LAVERGNE ((A)), professeur d'Economie politique et d'Histoire des Doctrines économiques, chargé de cours à la Faculté de Droit de Lille.

KRÖLL ((A)), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUEL, professeur de Droit public.

OUDINOT (*, (A)), agrégé, détaché au Ministère des Régions libérées.

LESCOT (*), agrégé, chargé des cours de Droit commercial et de Voies d'exécution.

SIMONNET ((I)), docteur en Droit, chargé des cours de Droit civil (3^e année) et de Droit civil (capacité).

GIGNOUX (*, (I)), docteur en Droit, chargé des cours d'Economie politique (licence et doctorat).

VOIRIN (*), docteur en Droit, chargé d'un cours de Droit civil (3^e année).

MELIN ((I)), docteur en Droit, chargé du cours de Science sociale.

BERTRAND ((I)), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières des candidats.

PRÉFACE

Le 24 décembre 1908, en cette même Faculté de Droit de l'Université de Nancy, M. Grélat, qui devait devenir membre du Conseil d'Etat, soutenait une thèse remarquablement fouillée, qu'il intitulait :

« Essai d'une théorie juridique de l'instruction de service. »

Il n'entre pas dans nos intentions de critiquer, de remanier ni même de compléter, après quinze ans écoulés, ce travail d'un de nos aînés. Nous n'envisagerons pas la question au point de vue doctrinal et abstrait de la nature juridique de l'instruction de service. Nous l'étudierons au point de vue jurisprudentiel et concret du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat.

Est-il nécessaire de justifier le choix de notre sujet, ainsi enfermé dans des limites étroites ?

Dans tout le domaine du droit administratif, quelle que soit la matière, la jurisprudence joue un rôle plus considérable que dans tout autre droit. Mais, de plus, elle est ici, dans le domaine particulier de l'instruction de service, une sorte de champ clos à l'intérieur duquel se heurtent des opinions absolument divergentes, sans parvenir à trouver un sol ferme.

Une phrase notamment de M. Grélat nous a mis

sur la voie de l'étude que nous entreprenons. Voulant faire justice de la théorie qui voit dans l'instruction de service un acte purement matériel, il ajoute :

« On s'est prévalu de la jurisprudence, et, sur le vu d'un examen quelque peu superficiel, on a fait sonner bien haut son unanimité prétendue à refuser à l'instruction tout caractère juridique. » (Thèse, p. 6.)

Nous avons eu la curiosité de rechercher si vraiment ce n'est qu'à la suite d'un examen « quelque peu superficiel » qu'on peut interpréter la jurisprudence du Conseil d'Etat dans le sens de cette négation. Et nous pouvons, sans anticiper sur notre développement, indiquer d'ores et déjà que cette recherche est, en 1923, infiniment plus féconde qu'en 1908, car toute une floraison d'arrêts, souvent bien délicats d'ailleurs à analyser, a surgi depuis cette époque où M. Grélat édifiait son œuvre doctrinale. L'instruction de service est ainsi devenue, dans ces dernières années, un thème courant du recours pour excès de pouvoir. Nous avons donc été mieux à même de construire, nous ne dirons pas comme notre prédécesseur, sa « théorie juridique », mais au moins sa théorie jurisprudentielle. C'est à dessein que nous avons seulement envisagé l'instruction sous l'angle de cette voie de droit spéciale qui est le recours en annulation pour excès de pouvoir. Nous croyons, en effet, qu'elle est la voie de droit administrative par excellence. De plus, elle implique un procès fait à l'acte et non à la personne, individuelle ou collective : or, c'est un acte, bien particulier, que nous

voulons étudier au point de vue jurisprudentiel. Enfin elle est, selon nous, éminemment objective, en ce sens qu'elle a pour raison d'être avant tout d'assurer la bonne administration, en contrôlant notamment l'exercice du pouvoir discrétionnaire des administrateurs. Or, on s'apercevra en avançant dans la lecture de notre thèse, qu'une des questions essentielles que nous y soulevons est celle de la limitation du pouvoir discrétionnaire, dans la sphère de l'instruction de service.

De la conception même de notre sujet, il découle que nous n'avons pas à donner une longue bibliographie; par là, nous entendons « longue à énumérer », car elle est, au contraire, infiniment longue et parfois pénible à dépouiller. Elle se résume, en effet, dans le *Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat*, de Lebon, et aussi dans le *Sirey* et le *Dalloz*. En particulier, certaines notes très pénétrantes de M. Hauriou, au *Sirey*, sous différents arrêts du Conseil (1), nous ont été d'une grande utilité. Qu'on y joigne quelques pages de Laferrière, dans sa *Juridiction administrative*; quelques commentaires de M. Aucoc; enfin, un certain nombre d'articles de M. Jèze, dans la *Revue de Droit public* (1906-1911-1922), et l'on connaîtra les éléments principaux, sinon uniques, d'un travail sur la portée duquel nous ne nous abusons point, mais qui sera peut-être d'un léger secours aux théoriciens qui nous suivront.

(1) Le Moign : S. 1913, 3, 105. — Cochet d'Hattecourt : S. 1921, 3, 9. — Sambat : S. 1921, 3, 25.

INTRODUCTION

M. Berthélemy écrit, dans son *Droit administratif* (10^e édit., p. 122): « Les instructions sont tantôt personnelles à tel ou tel fonctionnaire, tantôt communes à des catégories de fonctionnaires. Elles sont obligatoires pour les agents de l'Administration, non pour les citoyens qui n'ont pas à les connaître et qui, s'ils les connaissent, ne sont pas obligés d'en tenir compte. Elles ne s'imposent pas davantage aux tribunaux ».

Cet auteur ne dénie point à l'instruction de service tout caractère juridique. Il la déclare « obligatoire pour les agents de l'Administration ».

Or, il est nécessaire de poser ici, dès l'abord, une distinction qui est essentielle pour la clarté future de notre développement.

Parlant des agents de l'Administration, M. Berthélemy et la plupart des auteurs avec lui, entendent par là les subordonnés auxquels l'instruction de service s'adresse. L'instruction étant plus ou moins impérative et revêtant tous les degrés depuis l'ordre à peine déguisé jusqu'à la simple suggestion, il en résulte que la question peut intervenir ici de l'obéissance passive et de l'exception d'illégalité. « Obliga-

toire pour les agents de l'Administration», cela signifie simplement que le fonctionnaire subordonné qui reçoit l'instruction de service est obligé de s'y conformer et d'en assurer la mise à exécution : sinon, il s'expose à des sanctions disciplinaires. On limite somme toute ainsi la valeur juridique de l'instruction aux rapports entre le supérieur et l'inférieur. Ce départ ressort avec une netteté remarquable des lignes suivantes d'un autre auteur, M. Moreau, qui développe comme suit l'expression de M. Berthélemy :

« De l'idée que l'acte administratif est l'exercice d'un droit, on déduit souvent que les instructions, circulaires et ordres qu'un supérieur adresse à un inférieur ne sont pas des actes administratifs. Il y a là, me semble-t-il, une confusion. *Les particuliers peuvent ne pas considérer ces actes comme des actes administratifs*, parce que, s'ils sont l'exercice d'un droit, ce droit ne les concerne pas. L'effet de ces actes ne les atteint pas et la jurisprudence en conclut logiquement qu'ils ne peuvent former aucun recours contre ces actes. Au contraire, *à l'égard des agents, l'ordre ou l'instruction du supérieur est l'exercice d'un véritable droit et constitue donc un acte administratif*. Cet acte lie juridiquement le subordonné, sous des sanctions disciplinaires qui sont de véritables sanctions juridiques. » (*D. A.*, édit. 1909, p. 131.)

Tout ce qui précède, relatif à la valeur de l'ordre ou de l'instruction du supérieur à l'égard de l'inférieur, est, sans doute fort juste, mais ce n'est pas à le vérifier ni à le justifier que tend cette thèse. Nous voulons essayer l'instruction de service à la

« pierre de touche », ainsi que dit très bien M. Grélat, du recours pour excès de pouvoir ouvert aux administrés. L'obéissance passive, l'exception d'illégalité constituent des notions que nous n'avons pas à examiner. Ce n'est pas à dire que nous n'envisageons point la question de la valeur de l'instruction pour les fonctionnaires ou agents de l'Administration, mais nous le ferons à un tout autre point de vue que M. Moreau. Par rapport à une instruction, un fonctionnaire peut se trouver dans une double situation, et ici apparaît la distinction primordiale que nous avons annoncée. Il est un subordonné, un inférieur qui doit obéir aux ordres ou instructions du supérieur hiérarchique. Ou bien il est, lui aussi, un « citoyen » rangé dans une catégorie spéciale, un « citoyen de l'institution administrative » (M. Hauriou), et, comme tel, il subit les effets des instructions de service, il est régi par elles. La question se pose donc de savoir, pour lui comme pour un citoyen ordinaire, dans quelle mesure il pourra ou se défendre contre elles ou s'appuyer sur elles.

M. Grélat n'a pas été sans discerner incidemment la nécessité de notre distinction. Ayant affirmé que c'est là « la différence capitale entre l'administré et le subalterne que seul celui-là puisse obtenir l'annulation d'une instruction de service, alors que celui-ci est forcé de s'y soumettre », il opère en note cette mise au point. « Cependant, *au point de vue du recours pour excès de pouvoir*, il faut assimiler à l'administré le fonctionnaire, aux droits acquis duquel une instruction porte atteinte. » (Thèse, p. 689.) Par

exemple, lorsqu'un Ministre de la Guerre adresse aux chefs de corps une circulaire leur indiquant de ne proposer des sous-officiers de carrière à l'avancement que sous certaines conditions, nous sommes, au regard de cette circulaire, en présence de deux catégories « d'agents de l'Administration » : les subordonnés, qui sont les chefs de corps, obligés, sous la sanction disciplinaire, de ne proposer que dans les conditions indiquées, et les « citoyens de l'institution administrative », qui sont les sous-officiers de carrière, régis désormais dans leurs droits à l'avancement par la circulaire qui est intervenue, susceptibles d'intenter à son sujet un recours pour excès de pouvoir. Ainsi, au second cas, l'Administration apparaît, non plus comme pouvoir autoritaire, mais comme institution ayant ses membres et son droit à elle, qui régit ces membres.

Or, M. Berthélemy, et avec lui M. Moreau, ne distinguent point comme nous venons de le faire. En parlant, le premier de « citoyens » qui n'ont pas à connaître les instructions, le second de « particuliers » qui ne peuvent former aucun recours contre elles, ils englobent dans ces dénominations tous les administrés susceptibles d'intenter le recours pour excès de pouvoir, et, parmi eux, les fonctionnaires, à condition qu'ils ne soient pas les subordonnés à qui s'adressent directement les instructions du supérieur.

* * *

Ne serait-ce que pour vérifier cette sorte d'inexistence, au regard de tous les citoyens sans exception,

de l'instruction de service, il apparaîtrait intéressant d'examiner attentivement la jurisprudence à ce point de vue. Or, cette étude s'impose davantage encore, du fait que certains auteurs ont été plus loin que M. Berthélemy et ont dénié tout caractère juridique, d'une façon absolue et sans distinguer, à l'instruction de service — du fait surtout que l'un de ces auteurs a invoqué spécialement la jurisprudence et a prétendu se servir des solutions qu'il y trouvait pour démontrer la vérité de sa théorie.

M. Duguit, dans son *Manuel de Droit public français* (Paris, 1907, p. 221), écrit : « Quant à l'instruction ou à l'ordre individuel adressé par le fonctionnaire supérieur à son subordonné, nous pensons, quoiqu'on ait quelquefois soutenu le contraire, qu'il ne produit point d'effet de droit et n'est pas un acte administratif proprement dit. Sans doute, l'inférieur qui ne se conforme pas à cet ordre pourra être l'objet d'un blâme, de la révocation même; mais, par l'effet de l'ordre, il ne naît point à sa charge une obligation juridique de faire ce qui lui est commandé ».

M. Duguit ne dépouille point la jurisprudence pour étayer cette affirmation; il déclare, comme un fait démontré, qu'on est « unanime à reconnaître que les circulaires, même émanant des Ministres, n'ont aucune valeur juridique » (1); à plus forte raison doit-il en être de même des simples instructions dont

(1) Répété dans son *Droit constitutionnel*, éd. 1923, p. 276.

le caractère juridique est moins apparent et plus contestable que celui des circulaires ministérielles, actes dont la portée effective est parfois considérable.

M. Jèze, au contraire, appuie sur la jurisprudence du Conseil d'Etat toute son argumentation (*Revue de Droit public*, 1906, p. 246 et suiv.). Si l'instruction de service, dit-il en substance, était un acte juridique produisant effet de droit, il s'ensuivrait deux conséquences : 1^o que le recours en excès de pouvoir serait possible contre elle; 2^o que, si l'agent subordonné avait méconnu ses dispositions, la décision ainsi prise par lui serait entachée de nullité. Or, la jurisprudence écarte justement ces deux conséquences : 1^o contre l'instruction de service *on ne peut pas former directement de recours pour excès de pouvoir*; 2^o si l'agent subordonné ne se conforme pas à l'instruction de service, sa décision n'en est pas moins valable. *La violation n'est pas une cause de nullité de l'acte*. Donc, par le seul examen de la jurisprudence, on est amené à conclure que l'instruction de service n'est pas un acte juridique.

Il est caractéristique que M. Jèze, s'efforçant de rejeter hors du droit un acte dont l'importance de fait saute aux yeux des moins avertis, ait tout naturellement étayé la fragilité d'une doctrine sur la base jurisprudentielle du recours pour excès de pouvoir, tant au point de vue de l'annulation dont cet acte pourrait être l'objet qu'au point de vue de sa violation.

Or, ce que nous nous proposons d'étudier dans cette thèse est précisément, en dehors de toute discussion

de doctrine, ce double aspect jurisprudentiel du problème.

Le recours pour excès de pouvoir que nous considérons comme un recours purement objectif, dans l'intérêt supérieur de la bonne administration, coïncidant avec un intérêt lésé de l'administré, comporte des fins de non-recevoir tirées de la nature de l'acte et de celle de l'intérêt exigé chez l'administré. L'instruction de service se heurte-t-elle ou non à ces fins de non-recevoir, lorsqu'un requérant sollicite son annulation devant le Conseil d'Etat? En un mot, c'est la question de la recevabilité du pourvoi en annulation formé contre elle qui se pose. Elle fera l'objet de notre première partie.

Mais le recours pour excès de pouvoir suppose aussi des ouvertures, c'est-à-dire diverses manifestations caractérisées de l'excès de pouvoir, constituant vice de l'acte d'administration ou cause d'annulation, et donnant par là, comme le nom l'indique, ouverture au recours. L'incompétence, le détournement de pouvoir sont des ouvertures. La violation des formes, la violation des lois et des règlements en sont d'autres. Est-ce que la violation de l'instruction de service ne pourrait constituer une ouverture, elle aussi? L'étude des solutions données à cette seconde question par le Conseil d'Etat fera l'objet de notre deuxième partie.

PREMIÈRE PARTIE

RECEVABILITÉ DU RECOURS EN ANNULATION FORMÉ CONTRE L'INSTRUCTION DE SERVICE

TITRE PREMIER

La rigueur de la jurisprudence ancienne, fondée sur une présomption

CHAPITRE PREMIER

Généralités

L'article 9 de la loi du 24 mai 1872, loi organique sur le Conseil d'Etat, dispose: « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ». La généralité de ce texte semble impliquer que tout acte, quel qu'il soit, émané d'une autorité administrative, c'est-à-dire comprise dans la hiérarchie ou dans la tutelle administratives, puisse faire l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir. Ce recours est essentiellement, dit M. Hauriou, « un procès fait à l'acte ». Mais la notion d'acte n'a

point cette simplicité qu'à première vue on serait tenté de lui attribuer.

M. Duguit refuse aux instructions de service, nous le savons, toute valeur juridique et, par voie de conséquence, leur dénie le caractère d'actes administratifs. Ce sont, dit-il, en substance, des actes matériels, qui ne sont donc « susceptibles d'aucun recours d'annulation. On ne peut pas concevoir qu'un simple acte matériel puisse être annulé ». (*Droit constitutionnel*, édit. 1923, p. 273.)

M. Hauriou admet bien que l'instruction de service constitue un acte administratif; mais il aboutit au même résultat pratique que M. Duguit puisque, selon lui, le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les actes administratifs qui sont des décisions exécutoires. La décision exécutoire est définie par lui : « Décision dont l'exécution peut être immédiatement poursuivie par la voie administrative, autrement dit par la procédure d'office ». Ceci est, en quelque sorte, la définition formelle. Mais il existe un élément de fond, qui constitue la matière propre de la décision exécutoire; cet élément réside dans une « déclaration unilatérale de la volonté administrative, en vue de produire un effet de droit ». (*Droit administratif*, 10^e édit., p. 398 et suiv.)

Or, l'instruction de service peut bien être une déclaration unilatérale de volonté de la part de l'Administration supérieure, mais elle ne produit pas un effet de droit au sens spécial où M. Hauriou prend ce terme. En elle-même, elle ne crée ni ne modifie les situations juridiques des administrés, elle ne trans-

forme pas directement leurs droits. Elle ne peut les atteindre que par l'intermédiaire des agents administratifs inférieurs qui, sur l'invitation d'en haut, prendront la décision vraiment susceptible par elle-même de constituer un droit nouveau ou de modifier un droit acquis.

Et surtout l'instruction de service ne pourra jamais se présenter comme exécutoire au sens formel, c'est-à-dire que son exécution ne pourra « être immédiatement poursuivie par la voie administrative ». Au point de vue spécial de la recevabilité du recours en annulation, cette observation est capitale, car « c'est la possibilité de cette exécution privilégiée par la procédure d'office qui, dès maintenant, fait grief et justifie le recours des intéressés ». A défaut de grief, le recours n'est pas ouvert. Mais qu'est-ce que le grief?

Le recours pour excès de pouvoir n'est pas, en principe, une *actio popularis* ouverte à tout venant. Le réclamant doit avoir à l'annulation de l'acte un intérêt, intérêt que cet acte a froissé : en cela consiste le grief. On conçoit que cette condition du grief ne puisse se déterminer d'avance et par elle-même : elle dépend de la nature propre de « l'intérêt » exigé du réclamant pour que son recours soit recevable. Suivant une formule consacrée, cet intérêt doit être direct et personnel. Personnel, c'est-à-dire procédant « d'une situation juridique particulière dans laquelle se trouve le réclamant par rapport à l'acte attaqué » (1).

(1) Hauriou : *D. A.*, 10^e éd., p. 438.

Direct, c'est-à-dire immédiat, actuel et non éventuel : « l'annulation de l'acte doit procurer une satisfaction immédiate au réclamant, non pas une satisfaction éloignée; ainsi, un réclamant qui ne serait que l'héritier présomptif d'un propriétaire, n'aurait pas qualité pour former recours contre un règlement imposant des charges à la propriété ». (Hauriou, 10^e édit., *D. A.*, p. 437.)

Or, à l'annulation d'une instruction de service, on peut avoir un intérêt personnel. On ne peut y avoir un intérêt direct, actuel, immédiat. L'instruction atteint l'administré pour ainsi dire en seconde main. Mais ne nous surprenons-nous pas à répéter ce que nous avons exprimé plus haut en définissant l'effet de droit, que l'instruction de service, disions-nous, ne saurait produire, parce qu'elle n'atteint les administrés que par l'intermédiaire des agents inférieurs? C'est que ces notions : effet de droit, décision exécutoire, intérêt, grief, se tiennent et s'enchevêtrent étroitement; elles varient en fonction les unes des autres. L'instruction de service a-t-elle subi l'influence de ces variations? Le Conseil d'Etat, à qui la question de recevabilité du recours en annulation de cet acte très particulier se posait, a-t-il pu lui donner une solution toujours identique, tandis que sa jurisprudence générale évoluait? Sinon, l'évolution a-t-elle été, en cette matière, aussi évidente, irrésistible et définitive qu'en certaines autres? Autant de points qu'il nous faut examiner en détail, à la lumière d'une jurisprudence éminemment délicate à interpréter dans son esprit comme dans sa lettre.

CHAPITRE II

L'instruction de service ne constitue pas décision. Portée exacte du terme « décision »

De très bonne heure, des administrés se sont pourvus contre des instructions de service qu'ils jugeaient illégales, et de très bonne heure aussi des ordonnances ou décrets en Conseil d'Etat ont frappé ces instructions de ce que M. Grélat appelle « une présomption générale de non-grief » (Thèse, p. 773). Le Conseil estimait qu'une instruction ne pouvait porter atteinte à l'intérêt personnel et surtout direct de quiconque, n'étant pas une décision exécutoire. A vrai dire, la plupart du temps, il n'employait pas le mot exécutoire : l'idée en restait toujours sous-entendue.

En 1808, le 29 mai, est rendu un décret en Conseil d'Etat ainsi conçu : « La lettre du Ministre des Finances, adressée au Conseiller d'Etat, Directeur général de l'Enregistrement et des Domaines, *ne peut pas être regardée comme une décision ministérielle*, puisqu'elle n'a pas empêché les parties de plaider devant les tribunaux sans qu'il ait été élevé de conflit. Cette lettre *n'est donc autre chose qu'une instruction* donnée à la régie pour lui servir de règle dans la

contestation qu'elle allait soutenir devant les tribunaux». (Demoiselles Maserany, S. 2. 395). Ainsi le Conseil, examinant une lettre ministérielle, conclut qu'elle n'est pas une décision; que, par conséquent, elle est tout simplement une instruction de service. Comment exprimer plus nettement qu'il y a, entre la notion de décision et celle d'instruction de service, antinomie complète?

De même, l'arrêt Siébert-Pleyel contre l'administration des droits réunis (17 janvier 1814, S. 2. 375) oppose la décision, qui lèse effectivement les administrés et leur permet d'invoquer la compétence des tribunaux administratifs, à la simple instruction de service adressée à l'Administration pour fixer son incertitude « sur le sens dans lequel elle doit défendre les dispositions de la loi devant les tribunaux », entendez les tribunaux ordinaires. Cette instruction reste à l'intérieur de l'appareil administratif : c'est à tort que « les supplians » la qualifiaient de décision, qui eût fait règle absolue pour eux et les eût enlevés à leurs juges naturels. Le Conseil d'Etat se rangeait aux observations du Ministre des Finances dirigées dans ce sens et décidait que les solutions données par ce Ministre, relativement à la perception de certains impôts indirects, n'étaient pas susceptibles de lui être déférées.

Un peu plus tard, le 10 septembre 1817 (S. 2. 235) dans l'arrêt Robert, le Conseil indique qu'à la différence d'une décision, une instruction ne peut statuer définitivement. Il est inutile de la faire annuler pour réclamer devant les juridictions compétentes, aux-

quelles on peut directement s'adresser, sans que le conflit puisse être élevé en faveur de la juridiction administrative: « Considérant que la décision attaquée *n'est autre chose qu'une instruction ministérielle* en matière de contributions indirectes et qu'elle ne fait pas obstacle à ce que la réclamation du sieur Robert contre l'Administration de cette partie soit portée devant les tribunaux auxquels seuls il appartient d'y statuer définitivement ».

Ce dernier arrêt est très net; bien que son libellé soit un peu elliptique. Quand on lit: « La décision attaquée *n'est autre chose qu'une instruction* », il faut entendre « la prétendue décision attaquée n'est pas une décision, mais une instruction », c'est, en effet, cela que le Conseil veut affirmer. D'ailleurs, il use de cette dernière formule, qui est singulièrement explicite, dans un assez grand nombre d'arrêts ultérieurs, et elle devient une sorte de leitmotiv:

« Considérant que la lettre de notre Ministre de l'Intérieur est une instruction administrative adressée au préfet et ne constitue pas une décision ministérielle susceptible d'être attaquée par la voie contentieuse. » (16 novembre 1825, commune de Romainville, *Recueil*, p. 677);

« Considérant que la dite lettre ne constitue pas une décision, mais une simple instruction adressée au préfet, instruction qui ne peut donner lieu à un recours. » (12 août 1829, Blaizac, *Recueil*, p. 327);

« Considérant que la fixation déterminée par notre Ministre des Travaux publics et transmise au préfet de l'Aube n'est qu'une simple instruction... que,

dès lors, elle ne constituait pas une décision.» (19 juillet 1877, De Plancy, *Recueil*, p. 342.)

M. Grélat a été assez frappé de cette constance dans les termes même pour écrire fort justement : « Le Conseil prend.... presque toujours le soin de déclarer que, s'il prononce l'irrecevabilité, c'est parce qu'il ne se trouve pas en présence de décisions. » (Thèse, p. 792.)

Il est nécessaire de remarquer que, pendant presque tout le xix^e siècle, ce terme de « décision », qui nous semble aujourd'hui assez clair par lui-même, a été chargé d'une signification plus ou moins complexe. Non seulement, comme nous l'avons dit plus haut, il emportait l'idée d'exécution d'office, mais, lorsqu'il s'agissait de décisions émanées des Ministres, il contenait bien souvent l'idée de jugement. De ce que la donnée de la juridiction ministérielle était admise, avec toutes ses conséquences logiques, résultait une confusion parfois évidente, entre la décision ministérielle proprement dite, purement administrative, et l'acte de juridiction du Ministre juge. Cette confusion était encore aidée par le fait que la décision, tout comme le jugement, est exécutoire. Si l'on n'a pas formé recours dans le délai, la décision exécutoire devient définitive, « de même que le jugement devient définitif par l'expiration des délais d'appel ». (Hauriou, *D. A.*, 10^e édit., p. 888.)

De ce point de vue, l'instruction de service était encore moins susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. On pouvait concevoir qu'elle eût, dans une certaine mesure, un caractère décisoire,

point qu'elle prit un caractère juridictionnel. Or, voici, touchant directement à l'instruction de service, deux exemples, l'un dans la doctrine, l'autre dans la jurisprudence, de la confusion que nous signalons.

M. de Cormenin, dans ses *Questions de Droit administratif*, parues en 1826, écrit (p. 103 et suiv.): « Le recours au Conseil d'Etat est inadmissible lorsque la matière n'est pas contentieuse ». Pourquoi et quand ne l'est-elle pas? Voici l'un des cas: « Lorsque... la décision prétendue ne constitue pas un jugement qui fasse obstacle à l'action ultérieure des parties devant l'autorité administrative ou l'autorité judiciaire. C'est ce qui arrive lorsque le requérant se pourvoit... contre les lettres en forme d'instructions générales, adressées par les Ministres aux préfets ». L'auteur affirme, en somme, que le recours contre l'instruction ministérielle est irrecevable, du fait que l'acte en question n'est pas un jugement. Il laisse entendre, en même temps, que cet acte n'est qu'une décision prétendue, c'est-à-dire qu'il n'est pas une décision, mais le motif n'est que subsidiaire, et la question de savoir s'il y a ou non un jugement prédomine.

En jurisprudence, un arrêt du 15 juillet 1832 (*Recueil*, p. 389), Abat et consorts, attribue à cette question une importance au moins égale. Il néglige même de dénier tout caractère décisoire à l'acte du Ministre, par l'addition au terme « décision » du mot « prétendue » qui l'annihilait dans l'étude doctrinale précédente. Il dispose simplement « que la décision de notre Ministre des Finances *ne constitue pas un*

jugement devant lequel on doive se pourvoir devant nous, mais *n'est qu'une instruction* donnée à ses subordonnés, qui ne fait point obstacle à ce que l'Administration ou les parties intéressées se présentent devant qui de droit pour faire prononcer sur leur contestation». Le Conseil d'Etat déclare le pourvoi irrecevable, non parce qu'il refuse à l'instruction de service le caractère de décision, mais parce qu'elle ne « constitue pas un jugement ».

Observons d'ailleurs que cette formule est exceptionnelle, et que le Conseil s'en tient en général au terme de « décision ». Mais on saisit, même dans ce cas, des manifestations de la confusion signalée. Dans l'arrêt Locquié, du 4 septembre 1856 (*Recueil*, p. 578), il est indiqué que les lettres attaquées ne contiennent que des instructions et ne renferment aucune décision qui puisse être déférée au Conseil. Or, le Ministre de la Marine, dans ses observations sur le pourvoi, s'était défendu en ces termes, qui sont typiques, d'avoir rendu une décision véritable : « Je ne pouvais, dit-il, faire acte de juridiction que dans un seul cas » : ce cas n'était pas celui de l'espèce. Ainsi, le mot « juridiction » est prononcé, non pas sans doute par le Conseil d'Etat lui-même, mais par le Ministre, aux conclusions de qui le Conseil se range dans son arrêt.

* * *

Il est évident, au demeurant, que chaque fois que nous rencontrons, en parcourant la jurisprudence de l'instruction de service, le mot « décision », il

n'est point, dans la pensée du Conseil, invariablement synonyme de jugement.

En présence d'instructions non plus ministérielles, mais préfectorales, le Conseil d'Etat estimait de même que ces actes ne constituaient pas des décisions (1). Comme il n'a jamais été question, par similitude avec le Ministre juge, du préfet juge, aucune notion de jugement ne pouvait se confondre ici avec celle de décision. En second lieu, à une époque où la théorie de la juridiction ministérielle n'était plus admise par lui, le Conseil d'Etat usait toujours de la même formule. En 1905 par exemple, dans l'arrêt Borel, cité par M. Jèze à l'appui de sa doctrine (*Revue de Droit public* de 1906, t. I, p. 247), on peut lire : « La dépêche sus-visée ne contient que des instructions adressées par le Ministre de la Guerre au préfet. Ces instructions ne constituent pas une décision susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat statuant au contentieux ». (7 juillet 1905, Borel, *Recueil*, p. 609.)

L'élément invariable, indépendant de toute théorie exclusive ou non de la juridiction ministérielle, l'élément nécessaire pour que le Conseil admette se trouver en présence d'une « décision susceptible d'être déférée », réside dans le caractère exécutoire de cette décision. L'idée, disions-nous plus haut,

(1) Cf. Tamelier : 13 mars 1872, *Recueil*, p. 157 : « Si le maire a cru devoir consulter le préfet... la lettre par laquelle ce fonctionnaire lui a fait connaître son avis sur la solution... ne constitue pas une décision ».

en est toujours sous-entendue dans la jurisprudence que nous étudions.

Car le Conseil d'Etat, en général, se borne à exiger une décision sans ajouter aucun qualificatif. Mais, d'une part, Laferrière, qui fit le premier une étude coordonnée et complète de la jurisprudence administrative au xix^e siècle et dégagea les solutions auxquelles elle s'était fixée en son temps, a exprimé sans équivoque possible la pensée profonde du haut Tribunal dans un passage très connu, où il délimite cette notion, que nous avons montrée moins simple qu'elle ne semble, d'acte administratif proprement dit :

« Toute manifestation des intentions d'un administrateur n'est pas, par elle-même, un acte sur lequel un débat contentieux puisse s'engager. Pour que le recours soit recevable, il faut qu'il existe une *décision susceptible d'être exécutée*. » (J. A., II, p. 426.)

D'autre part, le Conseil d'Etat lui-même, dans quelques arrêts peu nombreux, mais très explicites, a complété sa formule. En 1901, c'est-à-dire longtemps après la date de la première édition de Laferrière, il décide qu'une commune n'est pas recevable à se pourvoir contre une lettre du Ministre de l'Intérieur faisant connaître au préfet que, dans le cas où le maire maintiendrait son refus de donner l'alignement demandé par un particulier, il lui appartiendrait à lui, préfet, de le délivrer d'office. Le Conseil se base, pour repousser le recours, sur ce que « cette dépêche, dans les termes où elle est conçue, ne constitue *pas une décision exécutoire* et portant atteinte aux droits dont la commune se prétend en possession; que, *dès lors*,

elle n'est pas susceptible d'être déferée» (Commune de Taxat — Sénat, 1^{er} mars 1901, *Recueil*, p. 228). Les deux idées de décision exécutoire et d'effet de droit produit par elle ressortent ici avec un relief particulier.

Un peu plus tard, le Conseil reprend presque exactement l'expression de Laferrière : « décision susceptible d'être exécutée », dans un arrêt du 19 juin 1903, Chambre de Commerce d'Angers (*Recueil*, p. 454) [1]. Le Ministre du Commerce avait, en l'espèce, chargé le préfet d'inviter la Chambre de Commerce requérante à reverser le montant de certains dépassements de crédits. Le recours est déclaré irrecevable, parce que « les instructions données au préfet ne constituent pas, à l'égard des membres de la Chambre de Commerce, une décision *susceptible d'être suivie d'exécution* et, *par suite*, d'être déferée ».

*
* *

L'instruction de service porte là le poids d'une doctrine jurisprudentielle qui ne lui est pas réservée, mais qui permettait au Conseil d'Etat de repousser comme irrecevables les recours formés contre des mesures d'administration autres que l'instruction, en vertu de l'exigence de l'intérêt direct, actuel et immédiat.

M. Aucoc (*Conférences D^r Adm.* 1878, p. 429) déli-

(1) Cité par M. Hauriou (*D. A.*, 10^e édition, p. 396), dans sa définition de la décision exécutoire.

mitait étroitement cette notion d'intérêt exigible et de grief rendant le recours recevable, en ces termes : « Il faut que l'acte administratif contre lequel on réclame ait pour effet *immédiat* de léser le droit du citoyen et lui impose une obligation ou un préjudice *actuel*... Il y a, en effet, beaucoup d'actes de l'Administration que les particuliers peuvent être disposés à contester comme de nature à porter atteinte à leurs droits, et qui, cependant, n'ont pas par eux-mêmes cet effet. Ce sont d'abord les actes préparatoires, tels que les instructions données par un Ministre ou un préfet à ses subordonnés, instructions générales ou spéciales; ce sont des mises en demeure, des injonctions faites à des particuliers ».

Laferrière enferme le recours dans des limites semblables et fait de même de l'instruction de service un cas particulier parmi une série de mesures administratives toutes impuissantes à faire grief : « Si l'administrateur s'est borné à manifester des intentions qui ne pourraient se réaliser que par des *actes ultérieurs*, la partie doit attendre que ces actes l'atteignent. Le recours pour excès de pouvoir ne saurait être, en effet, un simple procès de tendance; pour le former valablement, il ne suffit pas qu'on se croie *menacé par une décision éventuelle*, il faut qu'on soit *réellement touché par une décision actuelle* ». (J. A., II, p. 427.)

Et Laferrière cite comme mesures « purement préparatoires ou comminatoires », contre lesquelles le recours n'est pas recevable : les instructions, les prétentions émises par l'Administration au cours de

difficultés avec un particulier, les mises en demeure, les mesures d'instruction.

L'instruction de service n'est donc pas seule frappée de la présomption qui veut que, par nature, elle soit impuissante à faire grief. Cette présomption frappe tout acte préparatoire, opposé à la décision proprement dite, qui, entraînant exécution d'office, constitue l'*acte d'autorité* (1) susceptible de recours en annulation. L'arrêté lui-même, décisoire et autoritaire par définition, ne peut davantage, s'il apparaît purement comminatoire ou préparatoire en l'espèce, faire l'objet de ce recours (Dame Armand, 9 décembre 1879, *Recueil*, p. 801). Il suffit de remarquer qu'ici la présomption disparaît : mis en présence du pourvoi formé contre un arrêté, le Conseil d'Etat le déclare recevable si l'arrêté attaqué constitue un acte d'autorité, une décision exécutoire; s'il n'est qu'un simple acte préparatoire d'instruction, le Conseil rejette le recours.

(1) Cf. Tamelier, 13 mars 1872 : conclusions de David, commissaire du Gouvernement (*Recueil*, p. 157; S. 1872, 2, 60).

CHAPITRE III

Seul l'acte ultérieur, qui intervient en exécution de l'instruction de service, constitue décision

Restons dans la sphère de la jurisprudence générale du Conseil d'Etat et, connaissant les actes qui, selon cette jurisprudence, ne peuvent faire grief, demandons-nous où peut apparaître le grief véritable? Laferrière nous l'a fait pressentir plus haut : dans les actes ultérieurs qui réalisent les intentions que l'administrateur s'est borné précédemment à manifester, dans les décisions qui touchent réellement le requérant parce qu'elles lui imposent, suivant la formule de M. Aucoc, « une obligation ou un préjudice actuel » (1). Si nous reprenons successivement les actes que le Conseil d'Etat estime incapables de faire par eux-mêmes grief, nous trouvons que tous contiennent une simple menace de décision éventuelle. Cette menace doit, tôt ou tard, se transformer en décision, exécutoire, actuelle.

Les mises en demeure ne comportent aucun effet de droit propre, elles ne sont qu'une manifestation d'intentions : il suffira donc à la partie intéressée

(1) *Conférences Dr. adm.*, 1878, p. 429.

« de se pourvoir contre la décision qui suivrait la mise en demeure ou de se défendre contre les poursuites qui seraient engagées si l'infraction à la mise en demeure donnait lieu à un procès-verbal de contravention ». (Laferrière, II, 426.)

Les mesures d'instruction sont également, par hypothèse, uniquement préparatoires : elles constituent les éléments d'une décision contre laquelle il sera temps de recourir devant le Conseil après qu'elle aura été rendue.

Les prétentions « que l'Administration émet au cours d'une discussion avec une partie, et qui n'ont point par elles-mêmes un caractère décisive, ne peuvent donner lieu à un recours que quand elles se sont traduites en décision exécutoire ». (Laferrière, *ibid.*).

Enfin, les instructions de service, « données par les supérieurs hiérarchiques à leurs subordonnés en vue de leur faire prendre des décisions de leur ressort... n'ont point d'effet direct sur les tiers, qui doivent attendre, pour se pourvoir, que ces décisions soient rendues ». (*Id.*, *ibid.*).

* * *

Revenons maintenant en détail à la jurisprudence particulière du Conseil d'Etat, relative à l'instruction de service. Nous constatons, à la faveur de maints exemples, la rigueur qu'il apporte dans son exigence d'une décision faisant application directe et immédiate de l'instruction antérieure.

Le Ministre de l'Instruction publique invite par lettre un préfet à mettre un conseil municipal en

demeure de porter au budget communal la somme nécessaire au paiement arriéré de l'instituteur, et, en cas de refus du dit conseil, à inscrire d'office la somme au budget. Par cette lettre, décide le décret en Conseil d'Etat, « notre Ministre se borne à donner des instructions au préfet », et, au cas où, *»en exécution des dites instructions,»* le préfet procéderait à l'inscription d'office de la somme, la commune aurait la faculté d'attaquer cette mesure devant qui de droit, si elle s'y croyait fondée. Elle ne subit aucun préjudice tant que l'inscription n'est point intervenue. (Commune de Beaumont-le-Roger, 9 février 1870, *Recueil*, p. 60.)

L'arrêt Durieux et Bernard contre le Ministre de la Guerre (17 juillet 1877, *Recueil*, p. 707) spécifie également qu'il ne s'agit que d'une instruction qui « ne fait pas obstacle, *dans le cas où l'Administration donnerait suite à ces dispositions,* » à ce que les requérants, fournisseurs de l'armée, réclament au Ministre la loyale exécution de leur marché,

Une dépêche du Gouverneur général de l'Algérie à un préfet ne contient que des instructions, et n'est pas susceptible de recours; mais la ville de Philippeville, requérante, pourra attaquer devant qui de droit *« les actes qui auraient été faits conformément aux dites instructions »*, si elle estime qu'ils portent atteinte aux droits qu'elle revendique. (Ville de Philippeville, 25 juillet 1890, *Recueil*, p. 715.)

Plus près de l'époque actuelle, la solution est absolument identique. L'arrêt du 7 juillet 1905 (Borel, *Recueil*, p. 609), vu précédemment, dispose

qu'une dépêche du Ministre n'est pas une décision, et ajoute : « Il appartient d'ailleurs au sieur Borel de réclamer contre *toute décision l'ayant, en exécution des instructions ministérielles précitées* (instructions contenues dans la dépêche attaquée), inscrit... ». Cette formule revient à dire au requérant : l'acte que vous attaquez n'a pas le caractère de décision; attendez pour former un pourvoi que l'acte ultérieur constituant décision soit intervenu.

M. Grélat résume fort bien tous ces arrêts comme suit : « Ainsi le Conseil d'Etat, soucieux d'assurer à tous les conditions d'une bonne justice, ne se contente pas seulement de constater que l'instruction n'est pas une décision et de déclarer en conséquence sa porte close, mais parfois il prend soin d'avertir le requérant que le recours sera recevable quand une décision véritable sera intervenue ». (Thèse, p. 794.)

* * *

Il semble d'ailleurs que les requérants tiennent parfois compte de ces avertissements. Bien que lésés par une instruction de service qu'ils considèrent comme illégale, ils défèrent l'acte qui en constitue l'application directe sans déférer l'instruction elle-même; ou, s'ils la défèrent, ils défèrent en même temps cet acte.

Ainsi une circulaire du Ministre de l'Intérieur, du 12 décembre 1881, avait invité les préfets à insérer, dans les arrêts autorisant l'emploi de la poudre pour l'exploitation des carrières voisines des chemins de fer, une clause spéciale : tous les frais de surveillance de l'exploitation et de couverture des voies seraient

remboursés à la Compagnie par les propriétaires des carrières. Un préfet introduit cette clause dans l'arrêté autorisant M. Solleux à exploiter avec emploi de poudre la carrière dont il était propriétaire. C'est contre cette disposition de l'arrêté et non contre la circulaire prescrivant l'insertion d'une clause qu'il prétendait illégale et que le Conseil d'Etat reconnut telle, que M. Solleux se pourvoit en 1888. (Solleux, 9 mars 1888, S. 1890. 3. 47.)

Si, dans la requête de Solleux, il n'est pas question d'annulation de circulaire ou d'instruction de service, il n'en va plus de même dans celle de Jevurin (29 novembre 1895, *Recueil*, p. 762). Le préfet avait refusé au requérant une autorisation de prise d'eau, après avoir sollicité et obtenu des instructions du Ministre de l'Agriculture; Jevurin dirige son pourvoi en premier contre ce qu'il nomme la « décision du Ministre de l'Agriculture », et, en second, contre l'arrêté du préfet, « en tant que besoin ». En somme, dans la crainte qu'on ne lui oppose l'argument tiré du caractère préparatoire et indirect de la dépêche ministérielle qu'il attaque, le requérant se hâte de former, en même temps, son recours contre l'acte « pris en exécution desdites instructions », acte décisoire, exécutoire, direct et actuel.

* * *

Nous nous permettrons, pour mettre mieux en lumière la rigueur jurisprudentielle, d'analyser quelques arrêts qui ont trait, non plus à l'instruction de service, mais à d'autres actes également considérés

comme purement préparatoires ou comminatoires, soit en vertu de leur nature même, soit à la suite d'un examen de l'espèce. Ainsi apparaîtront une fois de plus, au point de vue de la notion de grief, cette similitude et cette symétrie auxquelles nous avons fait allusion, entre la jurisprudence particulière de l'instruction de service et la jurisprudence générale du Conseil d'Etat.

a) La présomption suivante frappe la mesure d'instruction : de par sa nature même elle ne saurait faire grief. Cette mesure étant souvent contenue dans une instruction de service, une confusion peut exister entre ces deux sortes d'actes, tous deux préparatoires. Mais choisissons un cas où la mesure d'instruction soit édictée dans un acte s'adressant directement à l'intéressé : ainsi, le Ministre de la Guerre fait connaître à un militaire, admis par lui à faire valoir ses droits à la retraite, que son infirmité doit être rangée dans telle classe de l'échelle de gravité. Ce n'est pas là une décision, déclare le Conseil d'Etat, et il appartient au requérant de se pourvoir dans le délai légal *contre l'acte pris en exécution du classement ainsi prescrit* : en l'espèce, « contre le décret lui concédant une pension qu'il croirait insuffisante ». (Marin, 12 février 1904, *Recueil*, p. 121.)

b) Tout acte se bornant à formuler une prétention de l'Administration est présumé, par nature, ne pas faire grief. On lit, dans l'arrêt Evêque de Coutances (24 juillet 1881, *Recueil*, p. 635) : « L'arrêté du préfet... par lequel l'évêque est déclaré débiteur de la somme de... n'a pu avoir pour but et pour effet que de for-

muler la prétention de l'Etat». Où résidera donc le grief? *Dans les actes par lesquels on poursuivra, en exécution de l'arrêté déclarant l'évêque débiteur, le recouvrement des sommes qu'il doit.* Mais l'arrêté lui-même ne fait « pas obstacle à ce que dans le cas où le recouvrement... serait poursuivi par les voies de droit, l'évêque fasse valoir devant la juridiction compétente les moyens propres à établir qu'il ne serait pas débiteur de cette somme». Cet arrêté, « qui ne saurait faire grief au requérant, n'est pas susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat».

c) Prenons quelques cas où l'acte attaqué n'est considéré comme préparatoire qu'à la suite d'un examen de l'espèce.

Du 9 décembre 1879, dame Armand (*Recueil*, p. 801): un arrêté préfectoral déclarant que la direction d'une école communale, confiée actuellement à une institutrice congréganiste, serait à l'avenir confiée à une laïque, ne peut être déféré au Conseil d'Etat par la congréganiste. Cet arrêté n'est susceptible d'aucun effet légal à l'encontre de cette dernière, tant qu'aucune mesure n'a été prise pour la priver personnellement de son poste:

« L'arrêté... ne constituait qu'une *mesure préparatoire*, laquelle ne faisait point obstacle à ce que la dame Armand continuât d'exercer les fonctions d'institutrice publique, jusqu'à ce qu'elle eût été relevée soit *par une décision expresse*, soit *par l'effet de la nomination* de l'institutrice appelée à lui succéder; il suit de là que l'arrêté précité n'est pas de nature à être déféré».

Du 20 avril 1888, Casse et autres (S. 1890. 3. 25) : le commissaire du Gouvernement s'inspire dans ses conclusions de la distinction rigoureusement opérée entre l'instruction de service et l'acte ultérieur qui en fait application directe. Mais l'intérêt juridique absolument remarquable de son argumentation vient du fait suivant : l'opposition n'est plus entre deux actes, l'un sans doute préparatoire et l'autre exécutoire, mais tous deux également particuliers et correspondant à une situation donnée ; elle se présente entre deux actes, dont l'un est général, réglementaire, et l'autre éminemment particulier, individuel. D'un côté, nous avons un décret relatif à l'organisation d'un corps de troupes nouveau, en vue de régler les conditions dans lesquelles certaines catégories d'officiers seront admis à entrer dans ce corps. De l'autre, nous trouvons des décrets individuels, pris en application du décret précédent et portant nomination d'officiers dans le corps nouveau. Où réside le grief, l'intérêt direct et actuel susceptible d'être froissé ? Écoutons le commissaire du Gouvernement :

« Il n'y a pas lieu de rechercher si le décret de 1884 (général) a été ou non attaqué dans les délais légaux (fin de non-recevoir opposée par le Ministre de la Marine), car *ce décret, qui aurait pu ne recevoir aucune application*, n'est pas, par lui-même, susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat ; les seuls actes attaquables sont les *décrets subséquents* qui ont fait entrer des officiers de l'armée de terre dans l'infanterie de marine, et ces décrets ont été déférés au Conseil d'Etat dans le délai légal. »

Le commissaire du Gouvernement tient à justifier ses conclusions par un exemple emprunté à la jurisprudence antérieure, exemple où s'oppose encore, au point de vue de la recevabilité du recours, la décision générale de principe et son application directe et individuelle.

« De même, lorsque plusieurs lieutenants-colonels de l'armée territoriale ont été rayés des cadres par application d'un décret du 3 février 1880, après avoir atteint l'âge de quarante ans, ils ont attaqué devant le Conseil d'Etat les décisions qui les rayaient des cadres. Ils n'auraient pas été recevables à attaquer le décret de 1880. (Conseil d'Etat, Piolenc, 8 avril 1881.)

La note au *Dalloz* (1889. 3. 65) sous l'arrêt Casse et autres, résume comme suit tout ce qui précède : « Il est constant en jurisprudence que les actes, dont l'exécution peut *éventuellement* causer préjudice à un particulier, ne sont pas susceptibles d'être déférés par lui au Conseil d'Etat, tant qu'ils n'ont été suivis d'aucun *acte d'exécution lésant directement ses droits* ».

* * *

Aucun doute, par conséquent, ne peut s'élever sur la jurisprudence générale du Conseil d'Etat, au cours et jusqu'à la fin du xix^e siècle et dans les premières années même du xx^e : la notion de grief y est étroitement liée à l'exigence d'un préjudice « né et actuel ». Le recours en annulation n'est recevable que si l'acte attaqué est un « acte d'exécution lésant directement » les droits du requérant. L'instruction de service,

qui ne peut atteindre les tiers qu'indirectement, par l'intermédiaire des fonctionnaires inférieurs: qui, d'autre part, inspire ou ordonne au besoin l'acte d'exécution et par là même est essentiellement distincte de lui, ne saurait, dans la conception donnée, faire grief aux particuliers. La fin de non-recevoir que lui oppose le Conseil d'Etat n'a pas été créée à seule fin de l'écarter. Au même titre que bien d'autres actes, l'instruction de service rentre dans la rubrique ainsi définie par Laferrière: « Des actes n'ayant pas le caractère de décisions exécutoires ». (II, 426.)

CHAPITRE IV

L'évolution jurisprudentielle, qui tend à élargir la notion de grief

Si la jurisprudence du Conseil d'Etat présentait un caractère rigide, absolu, immuable, nous devrions arrêter ici cette étude de la recevabilité du recours formé contre l'instruction de service. Mais le Conseil d'Etat évolue. « Sans doute, il n'évolue pas d'une manière désordonnée et intempestive, il n'évolue qu'à bon escient et avec une circonspection et un à-propos remarquables... Sans doute, c'est toujours en des circonstances très favorables, à propos d'espèces qui s'y prêtent tout particulièrement, qu'il inaugure ses théories nouvelles. Mais, enfin, il évolue. Et cette évolution est d'une importance capitale pour qui veut comprendre la jurisprudence du Conseil sur l'instruction de service. » (Grélat, Thèse, p. 714.)

M. Jèze, dans sa préface des *Principes généraux du Droit administratif* (1914, p. 111) reconnaît de même que le Conseil d'Etat change sa jurisprudence, la retouche, « si l'expérience fait apparaître des dangers ou des inconvénients ».

Or, ces dangers et ces inconvénients n'avaient pas manqué de se faire jour dans l'application d'une

théorie jurisprudentielle qui enfermait dans un cadre singulièrement restreint la notion de grief. M. Daresté écrit excellemment à ce sujet, dans ses *Voies de recours contre les Actes de la puissance publique* (1914, p. 314) : « La distinction entre une *décision définitive* et une *mesure préparatoire ou réservant les droits des parties* est souvent difficile ». Si difficile qu'à la faveur d'une interprétation arbitraire, on peut aboutir à de véritables dénis de justice, en refusant à un particulier le droit d'obtenir l'annulation d'une décision qui lui fait grief directement et qui est illégale. Laferrière, lui-même, était obligé d'en convenir : « Quelquefois, écrit-il, le Conseil d'Etat, en présence de véritables décisions qu'il n'appartenait pas à l'Administration de prendre, les a qualifiées de simples prétentions, leur déniaient ainsi toute force exécutoire. Mais ce procédé d'interprétation ne doit être employé qu'avec réserve, ajoute-t-il, car, lorsqu'une partie défère au Conseil d'Etat une décision exécutoire qui est entachée d'illégalité, elle a en principe le droit d'en obtenir l'annulation ». (*J. A.*, II, p. 426.) A titre d'exemple, notre auteur cite l'arrêt Evêque de Coutances, du 24 juin 1881, que nous connaissons : il est en effet évident que l'arrêté, qui déclarait l'évêque débiteur d'une certaine somme, constituait une véritable décision, une décision exécutoire et n'était pas la simple expression d'une prétention de l'Etat. Au contraire, les actes par lesquels devait être ultérieurement poursuivi le recouvrement n'avaient aucunement le caractère de décisions exécutoires, car ils n'ajoutaient pas la moindre prétention de droit à la décision

antérieure. C'est ainsi que le Conseil d'Etat pouvait être amené à dénaturer sa propre doctrine, à dépasser l'exigence de la décision exécutoire proprement dite, pour n'accepter que le recours formé contre la mesure d'exécution, qui ne saurait pourtant produire par elle-même effet de droit. Cette tendance, remarquons-le, perçait également dans des arrêts déjà étudiés : Dame Armand, Casse et autres. Or, l'acte d'exécution n'est pas la décision exécutoire, mais il procède d'elle; c'est elle seule qui modifie une situation juridique, c'est contre elle seule par conséquent qu'il doit être possible de recourir.

*
* *

Le Conseil d'Etat, d'ailleurs, l'a compris, et s'est imposé, dans certains cas, de réagir contre une tendance qui compromettait singulièrement l'avenir du recours pour excès de pouvoir. Nous venons de rappeler l'arrêt Dame Armand, de 1879 : il s'agissait d'institutrices laïques et congréganistes, en concurrence pour la direction d'une école communale. Le recours contre l'arrêté préfectoral attribuant pour l'avenir cette direction à une laïque fut rejeté, parce qu'aucune mesure personnelle n'avait encore destitué la titulaire congréganiste. Or, dans des circonstances presque identiques, et quelques années auparavant, le Conseil d'Etat avait reçu le recours de la Ville de Lyon (28 mars 1873, *Dalloz*, 1874. 3. 25.)

L'arrêté du préfet était cependant bien moins « exécutoire » qu'au cas précédent : il ne visait pas une école, un titulaire, nettement connus et indivi-

dualisés; il décidait simplement qu'à l'avenir les écoles communales seraient dirigées par des laïques et des congréganistes, dans une proportion à déterminer ultérieurement.

Voici comment une note non signée au *Dalloz* sous cet arrêt Ville de Lyon, le justifie, en des termes extrêmement caractéristiques: « En règle générale, les actes administratifs ne peuvent être attaqués par cette voie (recours en annulation) que dans le cas où, par eux-mêmes, ils portent atteinte aux droits du requérant; *le pourvoi est prématuré quand il s'adresse à des actes qui n'ont que le caractère d'une injonction, d'une mise en demeure, d'une instruction, d'une revendication de droits à faire valoir ultérieurement.* Or, dans l'espèce, les arrêtés pris par le préfet ne changeaient pas l'état des écoles dans la ville de Lyon; cet effet ne devait être produit qu'ultérieurement par les mesures d'exécution consistant dans la nomination de maîtres nouveaux. C'est avec raison, selon nous, que le Conseil d'Etat ne s'est pas arrêté à cette considération. En présence du conflit existant entre l'administration municipale et le préfet, les actes émanés de ce fonctionnaire, par lesquels il reprenait possession d'un service que la ville prétendait diriger exclusivement... constituaient de véritables actes d'autorité et portaient aux droits revendiqués par la ville une atteinte assez directe pour que le litige pût être porté immédiatement devant le Conseil par la voie du recours pour excès de pouvoir ».

Somme toute, ce sont des motifs tout exceptionnels

qui donnent ici à l'arrêté préfectoral le caractère d'un « acte d'autorité ». Mais cela suffit à prouver que, même en 1873, le Conseil d'Etat tient scrupuleusement compte des espèces. S'il statue parfois d'une manière toute opposée pour deux espèces d'apparence très voisine, il faut se reporter aux circonstances de fait pour comprendre ses décisions.

Il en est de même pour la jurisprudence spéciale de la mise en demeure. Comme l'instruction de service, elle est frappée, avons-nous dit, d'une présomption qui veut qu'en vertu de sa nature même, elle ne puisse faire grief. Il faut attendre, pour former un recours, l'acte pris en exécution. Le Conseil d'Etat ne veut cependant point permettre à l'Administration de prendre, à l'abri du caractère formel de mise en demeure, des décisions véritables qui ne seraient pas susceptibles de recours. Il s'inspire de ce souci d'équité à plusieurs reprises, notamment en 1884, dans l'arrêt du 21 novembre : Conseil de fabrique de l'église de Saint-Nicolas-des-Champs (*Recueil*, p. 803). Il s'agissait de dépêches par lesquelles un préfet et le Ministre des Cultes avaient enjoint à un conseil de fabrique de procéder, dans un délai de six mois, à l'évacuation d'un édifice religieux. Le Ministre faisait observer qu'il n'y avait là que des actes de mise en demeure, alors que les actes emportant exécution peuvent seuls être attaqués. Le recours était un recours prématuré, il fallait attendre une mesure d'exécution. A cet argument, le commissaire du Gouvernement Marguerie répond : « Il nous semble que la fabrique était parfaitement autorisée

à ne pas attendre de la préfecture de la Seine un autre acte d'autorité». Le Conseil d'Etat concilie en ces termes : « Considérant que ces injonctions n'ont pas le caractère de simples mises en demeure ne pouvant préjudicier aux droits des parties, mais qu'elles constituent des décisions de nature à être déferées au Conseil d'Etat » (cf. le 2 juillet 1875, Fouques de Wagnonville, *Recueil*, p. 669). Laferrière, obligé de tenir compte de ces cas d'espèce, complète son exposé « des actes n'ayant pas le caractère de décisions exécutoires » par cette restriction : « Il peut cependant arriver qu'une mise en demeure perde son caractère purement comminatoire et se transforme en une véritable décision susceptible d'être ultérieurement exécutée ».

Dans notre domaine, admettre une restriction, c'est ouvrir la porte à tous les accommodements. Si la présomption, qui frappe l'acte à raison de sa nature même, n'est plus générale, elle court le risque de disparaître un beau jour définitivement. Si l'on admet des mises en demeure qui ne sont que des mises en demeure, et d'autres qui constituent des décisions véritables, on est fatalement conduit à négliger le caractère formel de mise en demeure, et à se demander purement et simplement si l'acte, quel que soit son aspect extérieur, est susceptible de léser directement des droits. Mais que faut-il exactement pour que des droits soient directement lésés ? C'est une question encore d'appréciation de chaque espèce, si l'on ne s'en tient pas à la présomption énoncée

par Laferrière, que seules les décisions susceptibles d'être exécutées peuvent faire grief.

* * *

Précisément, et par suite de l'évolution du Conseil d'Etat que nous annoncions plus haut, cette présomption va être de plus en plus battue en brèche. « La jurisprudence la plus récente tend à élargir le recours, à le déclarer recevable par cela seul que la décision attaquée « préjuge » la solution ou même « aiguille » l'affaire dans un sens contraire aux intérêts ou aux droits du requérant ». (Dareste, *op cit.*, p. 314.) Il est bien évident qu'une décision qui « préjuge » ou qui « aiguille » n'est pas, à l'égard de la partie intéressée, une décision exécutoire. Rigoureusement, la partie devrait attendre « les actes ultérieurs » qui l'atteindraient directement. « Le recours pour excès de pouvoir ne saurait être, en effet, un simple procès de tendance » (Laferrière). Il le devient avec l'évolution jurisprudentielle. Il n'est plus nécessaire que l'on soit « réellement touché par une décision actuelle », il suffit qu'on se croie menacé par une décision éventuelle.

Nous nous apercevrons à quelle distance, dans cet état de la jurisprudence, nous sommes de Laferrière, en notant les considérants d'un arrêt du 27 novembre 1908, Alcindor contre Montsarrat (*Recueil*, p. 97). Tous deux étaient rédacteurs au Ministère de l'Intérieur. Montsarrat fut inscrit sur la liste d'aptitude au grade de sous-chef, de façon, suivant Alcindor, irrégulière. Ce dernier déféra au Conseil d'Etat la

décision ministérielle portant inscription. Montsarrat, dans ses observations en défense, fit remarquer que l'inscription sur la liste d'aptitude ne confère aucun droit ou avantage; qu'ainsi le préjudice ne naîtrait que le jour où lui-même serait nommé sous-chef, c'est-à-dire que ce préjudice était purement éventuel, alors que la jurisprudence du Conseil d'Etat exige que le préjudice invoqué soit né et actuel. Voici ce que répond le haut tribunal administratif: « Considérant que... les sous-chefs de bureau au Ministère de l'Intérieur sont exclusivement choisis parmi les rédacteurs portés sur une liste d'aptitude arrêtée chaque année par le Ministre; qu'ainsi l'inscription sur cette liste, sans conférer aux employés qui y sont compris un *droit immédiat ou certain* à la promotion au grade supérieur, est la condition nécessaire de leur nomination: qu'il suit de là que le requérant a intérêt et, par suite, est recevable à attaquer la décision ministérielle qui aurait eu pour effet d'opérer sur la liste d'aptitude une inscription irrégulière». On remarquera l'imprécision voulue des termes: le requérant « *a intérêt et, par suite, est recevable* ». Que l'intérêt soit actuel, direct et immédiat ou éventuel et indirect, il importe peu, à condition qu'il y ait intérêt.

Un arrêt Brusson, du 26 mars 1909 (*Recueil*, p. 331), démontre à quel point le Conseil d'Etat s'est départi de sa rigueur dans sa conception du grief. Un officier d'administration attaque une décision par laquelle le Ministre de la Guerre a arrêté à une certaine somme, à raison de manquants constatés, le montant

des imputations mises à sa charge, et lui a prescrit de verser cette somme au Trésor. Fidèle à la conception ancienne, le Ministre de la Guerre observe que le recours n'est pas recevable, attendu « que la décision ne fait pas grief au requérant et que c'est seulement l'arrêté de débet du 20 octobre suivant qui aurait pu être déféré... ». Le Conseil d'Etat repousse son argumentation, en toute équité d'ailleurs, et affirme que la décision fait grief; le requérant est parfaitement recevable à l'attaquer devant lui.

Au vu de la jurisprudence évoluée, M. Hauriou lui-même est amené à conclure que la simple menace contenue dans un acte qui n'est évidemment pas une décision exécutoire (1) fait déjà grief. Ses observations présentent d'autant plus d'intérêt qu'il les appuie sur une conception très forte du recours pour excès de pouvoir. Etudiant, dans une note sous l'arrêt Commune d'Evillers, du 9 juillet 1909 (S. 1911. 3. 33), le caractère des simples mises en demeure, il fait les constatations suivantes: Si la jurisprudence a paru longtemps fixée en ce sens que le pourvoi n'était pas recevable contre elles, parce que ne comportant aucun effet de droit propre, elles ne peuvent par elles-mêmes faire grief, par contre, depuis quelques années, il s'est produit une évolution des idées, « à mesure qu'on a mieux pénétré la nature du recours

(1) C'est-à-dire, selon sa propre définition: « Une décision dont l'exécution peut être immédiatement poursuivie par la voie administrative » (*D. A.*, 10^e éd., p. 396).

pour excès de pouvoir, qui est dans son fond un moyen de régler un conflit de pouvoirs entre l'Administration et l'administré». Comme, en l'espèce, il s'agit d'une commune dont le maire a été mis en demeure par le préfet de faire cesser, sous huit jours, l'occupation gratuite du presbytère par le desservant, M. Hauriou ajoute : « Dans les affaires de tutelle administrative, il se trouve que l'administré est lui-même une administration publique. C'est une autorité de l'Etat qui a excédé ses pouvoirs vis-à-vis d'une autorité communale. « Considérant que la commune « requérante soutient que l'arrêté de mise en demeure « est intervenu en violation des droits qui appartiennent au Conseil municipal. » Ainsi la mise en demeure adressée à une autorité administrative locale, par cela seul qu'elle décèle la prétention de la part du pouvoir central d'exercer une contrainte sur cette administration locale, viole déjà les prérogatives de celle-ci et lui fait grief. C'est conforme à la psychologie des personnes puissantes qui sont susceptibles et n'admettent pas les menaces ». Mais le savant auteur ne s'en tient point là et prévoit que la notion de grief ira encore en s'élargissant. « Le Conseil d'Etat, affirme-t-il, devra aller jusqu'au bout et admettre la recevabilité des pourvois contre les mises en demeure, même quand celles-ci auront été adressées à de simples particuliers : eux aussi doivent être considérés comme des personnages puissants, dont les prérogatives sont à respecter. Ce sont des citoyens armés de leur liberté et puissants par cette liberté, jaloux de leur indépendance, et la menace

contenue dans la mise en demeure leur fait déjà grief.»

* * *

Par analogie, n'est-il pas possible d'admettre que la menace contenue dans des instructions de service fasse grief aux particuliers visés dans ces instructions? Est-il logique même que le Conseil d'Etat fasse preuve, à l'endroit de l'instruction de service, d'une sévérité dont il s'est départi en bien des cas vis-à-vis d'autres mesures qui n'avaient également, en principe, qu'un caractère purement préparatoire ou comminatoire? Le Conseil d'Etat, depuis la loi du 24 mai 1872, qui a fait de lui un juge public, a sans cesse élargi les conditions de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Du côté des réclamants il a reconnu, à un nombre d'entre eux de plus en plus étendu, un intérêt légitime à attaquer l'acte. Du côté des actes, il a réduit progressivement le nombre de ceux qui échappent au recours. Il serait assez surprenant que l'instruction de service n'ait pas bénéficié, dans une certaine mesure, de cette évolution jurisprudentielle à caractère général. La juridiction du Conseil d'Etat n'est pas enfermée, au point de vue de l'excès de pouvoir, dans des cadres fixes, à l'intérieur desquels elle se transformerait sans pouvoir les déborder. Elle est, au contraire, comme l'a écrit excellemment M. Hauriou, « une juridiction prétorienne, qui a créé le droit en le faisant pénétrer dans des régions nouvelles, à mesure que le Conseil d'Etat lui-même a grandi ». (*Droit administratif*, 10^e édit., p. 423.)

Effectivement, si l'on dépouille la jurisprudence depuis 1872, on rencontre un certain nombre d'arrêts caractéristiques, d'abord très rares, puis dont le nombre s'accroît considérablement avec les premières années du xx^e siècle. Plus ou moins directement, plus ou moins explicitement, le Conseil d'Etat reçoit dans ces arrêts le recours dirigé lui-même de façon plus ou moins franche ou détournée contre l'instruction de service. On se trouve ainsi en présence d'une série d'atténuations apportées peu à peu par le Conseil à la rigueur de sa jurisprudence.

CHAPITRE V

Le principe de séparation des compétences. Son importance dans notre sujet

Avant d'examiner une à une chacune des atténuations que nous venons de faire prévoir, il convient, pour fixer d'avance leur portée et leur possibilité juridique, de réserver un principe, qui, en dehors de telle ou telle conception du grief, vient s'opposer à ce que l'instruction de service, si impérative soit-elle et décisoire en apparence, puisse prendre figure de véritable décision susceptible d'être annulée pour excès de pouvoir. Ce principe est celui de la séparation des compétences, dont il découle que « le supérieur hiérarchique ne peut se substituer à son subordonné à qui la loi reconnaît un droit de décision propre ». (Grélat, Thèse, p. 64.) En d'autres termes, la règle des compétences ne permet pas au supérieur hiérarchique de prendre lui-même une décision réservée à son inférieur.

Appliquons ce principe à notre matière. Le supérieur hiérarchique peut prendre une instruction de service en deux hypothèses nettement distinctes : 1^o « Quand, *n'ayant pas de pouvoirs propres*, il tient cependant à faire préconiser sa manière de voir

par ses subordonnés auxquels la loi a reconnu des pouvoirs propres»; 2^o « *Quoi qu'il ait des pouvoirs propres, s'il préfère s'en remettre à ses inférieurs du soin de prendre une décision et s'il se contente de vouloir l'inspirer* ». (Grélat, Thèse, p. 527.)

Au second cas où n'intervient, somme toute, qu'une différence de degré dans la force exécutoire entre l'instruction qui guide et la décision qui s'y conforme, on conçoit qu'à la rigueur le Conseil d'Etat se déporte de sa sévérité et accepte de voir, dans l'instruction elle-même, une décision, sans attendre l'acte ultérieur qu'elle doit inspirer. Si le supérieur avait jugé bon de ne pas passer par l'intermédiaire de l'inférieur et de statuer de façon directement opposable au particulier intéressé, il eut été juridiquement libre de le faire.

Mais il n'en va pas de même au premier cas où le supérieur n'a point de pouvoirs propres de décision sur la matière à laquelle a trait son instruction de service. Reconnaître que cette instruction puisse constituer une décision véritable, ce serait violer de propos délibéré le principe des compétences. Quel que soit, par ailleurs, le désir du Conseil d'Etat de déclarer recevable le pourvoi formé contre l'acte attaqué, il ne pourrait le faire sans porter une atteinte grave à des règles destinées à sauvegarder la bonne administration.

*
* *

C'est ce qui résulte d'un certain nombre d'arrêts identiques. Aux intéressés, attaquant devant lui

un acte qu'ils qualifient de décision, le Conseil d'Etat répond : « L'acte que vous me déférez n'est pas une décision, mais une simple instruction et il y a d'ailleurs à cela une raison majeure, qui réside dans l'incompétence de l'autorité, auteur de l'instruction incriminée, à décider sur une matière en laquelle elle n'a pas de pouvoirs propres ».

Ainsi, en 1901, le riverain d'un cours d'eau non navigable fait une demande à l'effet de capter une partie des eaux à l'aide d'une coupure faite sur la berge, au droit d'une parcelle de terrain dont il était propriétaire. Dans des instructions adressées au préfet à l'occasion de cette demande, le Ministre de l'Agriculture conclut au rejet. L'intéressé attaque, en les qualifiant de décision, ces instructions ministérielles. Le Conseil d'Etat déclare, dans les termes suivants, le recours irrecevable : « Considérant qu'en vertu du décret du 25 mars 1852 et de la loi du 8 avril 1898, *il n'appartient qu'au préfet de statuer sur la demande* du sieur Pagès; que les instructions adressées par le Ministre ne sont pas des décisions susceptibles d'être déférées au Conseil d'Etat ». (Pagès, 22 mars 1901, *Recueil*, p. 315.)

Mais voici deux arrêts plus significatifs encore; les requérants y sont repoussés avec les armes même dont ils se servaient; ils fondaient leur recours sur l'incompétence de l'autorité qui avait pris la prétendue décision, et c'est précisément au nom de l'incompétence que le Conseil d'Etat refuse de recevoir le recours.

En 1904, le Gouverneur général de l'Algérie, qui avait

sollicité l'avis du Ministre des Finances au sujet de la répartition d'une annuité du prix de vente des forêts domaniales, reçoit de lui une dépêche d'où il résultait, au dire des propriétaires forestiers requérants, une décision par laquelle le Ministre refusait d'approuver le projet de répartition préparé par les délégués de ces propriétaires. « Ce faisant, attendu que c'est au Gouverneur général de l'Algérie, et *non au Ministre des Finances qu'il appartenait de statuer* ». Or, le Conseil d'Etat écarte implicitement l'ouverture du chef d'incompétence, en s'appuyant sur le caractère d'instruction de service que présentait la dépêche attaquée :

« Considérant que cette dépêche... n'avait d'autre but, dans les termes où elle est conçue, que de répondre à une demande d'avis formulée par le Gouverneur général de l'Algérie... qu'ainsi elle a simplement le caractère d'une instruction administrative et ne constitue pas une décision de nature à être déférée au Conseil d'Etat statuant au contentieux. » (Mercier de la Frégolière, 17 juin 1904, *Recueil*, p. 463.) On saisit bien ici le lien entre la formule que « l'instruction ne constitue pas décision » et l'idée qu'elle ne peut d'ailleurs constituer décision. Parce qu'en ce cas le principe des compétences serait atteint. Ainsi que l'expose M. Grélat (Thèse, p. 762), si le Ministre avait décidé lui-même et seul, à l'exclusion du Gouverneur général, l'incompétence eût été évidente ; mais le Ministre n'a fait que communiquer par dépêche à un fonctionnaire, « sous une forme plus ou moins impérative, peu importe, l'expression de la volonté hié-

rarchique». C'est bien le Gouverneur lui-même qui, conformément aux règles d'organisation administrative en la matière, a pris la décision véritable, par arrêté ultérieur et consécutif à la dépêche ministérielle.

Enfin on trouve, en 1905, l'arrêt-type dans lequel le Conseil exprime nettement et parallèlement nos deux idées : 1^o si, en l'espèce, les actes attaqués ne constituent pas des décisions prises par une autorité incompétente, c'est précisément parce qu'il s'agit non de décisions véritables mais d'instructions; 2^o s'il s'agit non de décisions véritables, mais de simples instructions, c'est en même temps parce que, de la part de l'autorité auteur des actes discutés, il y aurait eu incompétence à prendre une décision, en l'absence de pouvoirs propres :

Vittoriani, surveillant militaire, attaque pour excès de pouvoir une dépêche du Ministre des Colonies ordonnant au Gouverneur de la Guyane de « suspendre de leur emploi les surveillants militaires ». Nous ne sommes plus ici en présence d'un avis sollicité, d'un conseil donné, mais d'un ordre, « d'un impératif catégorique » (Grélat), ne laissant au Gouverneur aucune liberté d'appréciation. Y a-t-il incompétence du Ministre à statuer ? Non pas, le Ministre n'ayant pas statué, mais donné des instructions.

« En ce qui concerne les décisions du Ministre des Colonies : considérant que ces décisions *ne pouvaient avoir que la valeur d'instructions* envoyées à une autorité subordonnée et que, dès lors, le requérant doit être réputé avoir été suspendu de son emploi

non par l'effet seul de ces décisions, mais par les décisions prises ensuite par le Gouverneur; qu'ainsi *il n'est pas fondé à soutenir qu'il a été frappé par une autorité incompétente.*» (Vittoriani, 7 juillet 1905, p. 611.)

* * *

Ainsi, nous pouvons d'ores et déjà nous attendre à ce que, dans les détours dont il usera pour recevoir le recours dirigé contre l'instruction de service, le Conseil d'Etat prenne soin de respecter le principe de séparation des compétences ou, tout au moins, de ne pas aller ouvertement à l'encontre de lui. Cette préoccupation limite par conséquent l'évolution de sa jurisprudence particulière en notre matière, et l'on peut *a priori* prévoir qu'il n'aboutira pas, au terme de cette évolution, à admettre dans tous les cas et sans restriction la recevabilité.

TITRE II

Atténuations apportées par le Conseil d'État à la rigueur de sa jurisprudence ancienne.

Le problème, quels que soient les détours grâce auxquels le Conseil d'Etat le résolve, se pose à peu près toujours de la même façon : une instruction de service lui est déférée qui, *a priori*, ne constitue pas une décision et ne peut faire l'objet d'un recours en annulation ; comment découvrir, dans les circonstances du pourvoi, à défaut dans l'instruction elle-même, à la faveur de quelque artifice, une décision qui, elle, sera susceptible de recours ? Sans doute la décision ainsi découverte ne sera pas toujours une décision exécutoire faisant grief actuel, immédiat et certain. Ce qui importera peu en somme, au moment où le Conseil d'Etat se montre, ainsi que nous l'avons dit, de plus en plus large dans sa conception du grief.

Les détours dont use le Conseil d'Etat peuvent se rattacher à quatre chefs principaux :

1^o Notification ou communication de l'instruction de service à l'intéressé ;

2^o Observations du Ministre sur le pourvoi, portant sur le fond;

3^o Réclamation, recours ou demande que l'instruction de service aboutit à rejeter;

4^o Distinction entre l'instruction elle-même et la décision qu'elle contient.

Il faut mettre à part un groupe d'arrêts, dans lesquels le problème ne se présente plus comme nous venons de l'indiquer. Le Conseil ne se demande pas si l'instruction de service constitue ou non une décision, il ne se pose même plus la question de la recevabilité du recours, mais il examine de prime abord le pourvoi au fond. Quel est le fondement de ces arrêts, qui datent de ces toutes dernières années? Faut-il en conclure, ainsi que certains l'ont fait, que, depuis cette époque, le Conseil d'Etat reçoit *de plano* le recours formé contre l'instruction de service, sans distinguer entre les instructions ni entre les requérants? Au cas où nous nous refuserions à donner à ces arrêts une telle portée, comment interpréter, en définitive, la diversité actuelle des solutions jurisprudentielles? La réponse à ces trois questions va constituer l'élément essentiel et le couronnement de notre étude de l'instruction de service, considérée comme objet du recours pour excès de pouvoir.

SECTION PREMIÈRE

LA RECEVABILITÉ ADMISE A LA FAVEUR D'UN DÉTOUR JURISPRUDENTIEL

CHAPITRE PREMIER

L'inférieur a notifié ou communiqué au requérant l'instruction du supérieur

A la différence des autres mesures préparatoires, telles que la mise en demeure, les mesures d'instruction, les arrêtés formulant une simple prétention de l'Administration, l'instruction de service présente ce caractère, qui lui est particulier, de ne jamais s'adresser directement, à ceux qu'elle vise. Elle ne les atteint que par l'intermédiaire des fonctionnaires inférieurs. Ceux-ci ne sont pas tenus de la notifier ni de la communiquer aux intéressés, si bien qu'en principe, en dehors de la sphère du pouvoir hiérarchique, elle n'est pas opposable. C'est une seconde raison pour qu'elle ne puisse faire grief, la première étant qu'elle ne constitue pas une décision susceptible d'être exécutée.

Les Ministres dans leurs observations, et le Conseil

d'Etat lui-même dans ses arrêts, ont discerné cette raison un peu subsidiaire de ne pas admettre la recevabilité. A l'occasion du pourvoi de Locquié et consorts (1), le Ministre de la Marine faisait observer que les dépêches qu'il avait adressées au chef du service de la Marine, à Bordeaux, auraient pu rester confidentielles et n'être pas portées à la connaissance des parties. Dans l'arrêt Fabrique d'Astaffort (18 janvier 1880, *Recueil*, p. 58), le Conseil déclarait qu'une dépêche du Ministre de l'Intérieur, qualifiée de décision dans une dépêche préfectorale :

« Ne contient que des instructions adressées par le Ministre au préfet et ne constitue pas une décision opposable à la fabrique, à laquelle elle n'a d'ailleurs jamais été communiquée. »

Ce n'est sans doute pas dire que si les instructions avaient été communiquées à la fabrique, le pourvoi eût été recevable, mais c'est au moins affirmer qu'il y avait, dans cette absence de communication, une raison de plus pour ne pas le recevoir.

Supposons au contraire, pour écarter cette fin de non-recevoir supplémentaire, que l'inférieur à qui s'adressent les instructions les aient notifiées ou communiquées, bien qu'il n'y soit pas tenu, à l'intéressé qu'elles visaient. On peut admettre qu'en les notifiant ou en les communiquant, il ait entendu s'approprier leur contenu et prendre ainsi, de son chef, en application directe d'un acte qui n'est en lui-même que préparatoire une décision véritable.

(1) Arrêt rendu le 4 septembre 1856. — *Recueil*, p. 578

Cette décision aura, en effet, le double caractère d'être exécutoire et opposable à l'intéressé : elle fera incontestablement grief. De plus, au cas où l'autorité supérieure, auteur des instructions, n'était pas investie d'un pouvoir propre de décision en la matière, l'hypothèse de l'appropriation par l'inférieur compétent est la seule qui permette de concilier l'admission de la recevabilité du recours avec le principe de séparation des compétences, dont nous avons vu plus haut le sens exact et la portée.

Reportons-nous donc aux arrêts rendus à la suite de requêtes dans lesquelles les intéressés spécifiaient que l'instruction leur avait été notifiée ou communiquée.

Ces arrêts sont nombreux, mais ils ne sont point convergents. On y découvre que non seulement le fait de notification ou de communication n'a pas toujours été pris en considération, mais encore que, lorsqu'il l'a été, l'hypothèse de l'appropriation par l'inférieur, transformant en décision exécutoire l'instruction de service, n'a pas été invariablement adoptée par le Conseil d'Etat. Et nous sommes amenés, dès maintenant, à faire une remarque qui est de nature à se répéter pour chacune des atténuations apportées par le haut tribunal à la rigueur de sa jurisprudence. Il ne faut pas s'attendre, en creusant le texte des arrêts, à voir se dessiner une évolution strictement historique. Sans doute on constate, à mesure que l'on se rapproche de l'époque actuelle, un progrès souvent considérable, mais ce progrès n'est point régulièrement continu. Le Conseil se

reprend, au moment où l'on pourrait le moins le prévoir, pour des raisons de pure et simple espèce. Il est donc nécessaire de répartir les arrêts en groupes distincts, parce qu'ils impliquent des tendances distinctes, plus ou moins favorables à l'admission de la recevabilité.

* * *

Dans un premier groupe apparaît la tendance la plus défavorable, en vertu de laquelle le Conseil d'Etat ne tient aucun compte du fait que l'instruction de service a été notifiée ou communiquée au requérant.

En 1840, la ville de Strasbourg réclamait au Ministre des Finances sa réintégration dans la propriété d'un palais. Le Ministre, approuvant une délibération du Conseil d'administration des Domaines, décida qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir la réclamation. Il notifia cette solution à la ville, laquelle déféra au Conseil d'Etat ce qu'elle qualifiait décision. Le Conseil, sans considérer qu'il y avait eu notification, déclara qu'il ne s'agissait que d'une instruction donnée à l'Administration des Domaines pour repousser la réclamation de la ville par les moyens de droit. (Ville de Strasbourg contre Ministre des Finances, 24 juin 1840, S. 1840. 2. 475.)

Il est facile évidemment de prétendre que le Conseil, en négligeant ici le fait de notification, agit sans parti pris aucun; qu'on ne peut donc se baser sur une sorte de péché « par omission » pour affirmer qu'il existe chez lui une tendance à ne pas tenir compte

de ce fait. D'ailleurs, depuis 1840, époque à laquelle la jurisprudence du Conseil, tribunal de justice retenue, n'a pas encore conscience d'elle-même, l'évolution a dû vraisemblablement modifier sa manière de voir, si tant est qu'il en avait une. Pour répondre à cette objection, nous franchirons plus d'un demi-siècle et nous citerons un arrêt du 10 décembre 1909 (Carsault, *Recueil*, p. 979), dans lequel le Conseil d'Etat, bien plus affirmatif qu'en 1840, repousse formellement toute atténuation dans ce sens à la rigueur jurisprudentielle. Le requérant demandait l'annulation de ce qu'il nommait décision du Ministre du Travail, décision, spécifiait-il, à lui notifiée. Le Conseil d'Etat lui répond d'abord que de simples instructions ministérielles adressées à un préfet ne peuvent constituer une décision prise à son égard. Mais, ne se bornant pas à une fin de non-recevoir qui se suffisait à elle-même, il ajoute : « *La circonstance qu'elles lui ont été notifiées n'en modifie pas le caractère* ». On ne peut guère trancher avec plus de netteté. (Cf. même solution négative, mais implicite, dans l'arrêt Maire de Quimper, 11 juillet 1913, *Recueil*, p. 849.)

Quoi qu'il puisse se dégager ultérieurement de notre étude sur ce point, il est donc d'ores et déjà avéré que la jurisprudence n'admet pas, dans toutes les hypothèses, ainsi qu'un principe arrêté, même à une époque (1909-1913) où, par ailleurs, le contentieux de l'annulation de l'instruction se développe de plus en plus, la valeur spéciale de la notification. L'atténuation que nous nous proposons de découvrir

dans ce domaine n'est donc bien qu'une atténuation, non une règle jurisprudentielle. Le Conseil se réserve d'en user ou de n'en pas user.

* * *

Au cas où il en use, il le fait suivant des degrés et avec des modalités différentes, si bien que nous sommes amenés à distinguer trois groupes d'arrêts :

1^o Le Conseil d'Etat attribue au fait de notification ou de communication une valeur *accessoire* et *complémentaire*;

2^o Le Conseil d'Etat attribue au même fait, *en termes formels*, une valeur *principale* et déterminante;

3^o Le Conseil d'Etat attribue à ce fait la même valeur déterminante, mais *de façon implicite*.

§ 1. — *Le Conseil d'Etat attribue au fait de notification ou de communication une valeur accessoire et complémentaire.*

Nous verrons plus loin que le Conseil d'Etat a manifesté une certaine tendance à accepter le recours formé contre une instruction de service, lorsque cette instruction aboutit à rejeter un recours hiérarchique ou gracieux devant l'Administration, une réclamation ou même une simple demande. Le fondement de cette indulgence réside dans le fait que l'acte par lequel une autorité, au lieu de conseiller ou d'ordonner d'elle-même et spontanément, statue sur une demande, une réclamation, un recours antérieurs, cet acte revêt un caractère essentiellement décisoire.

A cette décision, il manque peut-être d'être adressée directement au réclamant, mais si l'inférieur l'a notifiée à celui-ci, aucun élément ne lui fait plus défaut.

Dans deux arrêts symétriques et distants de vingt-cinq années, la valeur combinée des deux faits, rejet de réclamation, de recours ou de demande et notification de l'instruction qui aboutit à ce rejet, apparaît de façon incontestable.

Le 23 mars 1877, l'arrêt Dame Saradin contre le Ministre de la Guerre (*Recueil*, p. 313) reconnaît le caractère de décision à une lettre du Ministre de la Guerre au directeur d'une Ecole d'artillerie. La raison est double : cette lettre a pour résultat de rejeter des réclamations — elle a été notifiée à l'intéressée sur l'ordre même du Ministre (voir *infra*, p. 95).

Le 16 décembre 1904, l'arrêt Bazenont-Delpon et autres (*Recueil*, p. 823), à peu près identique, sépare nettement dans ses termes les deux faits en les classant, semble-t-il, d'après leur ordre d'importance, celui de notification venant en second lieu :

« Considérant que c'est à la suite du recours que les directeurs d'école avaient formé... et que cette dépêche a été régulièrement notifiée aux requérants. » (Voir *infra*, p. 99.)

Une question se pose dans ces cas, où le fait de notification n'intervient qu'à titre accessoire et complémentaire : de qui émane la décision susceptible de faire l'objet d'un recours recevable ? Émane-t-elle du Ministre ou du fonctionnaire subordonné

qui se serait approprié l'acte du Ministre en le notifiant? Il semble qu'il n'y ait point de doute et que ce soit la décision du Ministre lui-même qui fasse l'objet du recours recevable, d'autant que, par hypothèse, le Ministre est compétent pour statuer sur une réclamation qui s'adresse précisément à lui.

Nous renvoyons, sur ce point, à notre chapitre trois (p. 100).

§ 2. — *Le Conseil d'Etat attribue en termes formels, au fait de notification ou de communication, une valeur principale et déterminante.*

Sont absolument typiques à ce point de vue les arrêts du 26 mai 1914, commune de Heugas (*Recueil*, p. 625, Sirey, 1914. 3. 7) et du 26 janvier 1912, Bureau de bienfaisance de Versailles (*Recueil*, p. 99).

a) La commune de Heugas demandait « l'annulation, avec toutes conséquences de droit », d'une dépêche adressée par le Ministre de la Justice et des Cultes au préfet des Landes, lequel l'avait notifiée à la requérante. Par cette dépêche, le Ministre émettait l'avis que la commune de Heugas ne pouvait continuer à loger gratuitement le desservant. En somme, le Conseil était en présence d'instructions de service qui contenaient un simple avis, non d'une décision véritable. Il pouvait donc déclarer sans discussion le recours irrecevable de ce fait. Bien au contraire, il consent à le recevoir, ou plutôt ce n'est pas le recours dirigé contre la dépêche ministérielle qu'il reçoit, mais un recours en quelque sorte fictif formé contre « l'acte par lequel le préfet des Landes a notifié à la

commune de Heugas la dépêche du Ministre... et a fait siennes les prescriptions contenues dans cette dépêche». Alors que la requérante ne lui déférait en vérité que l'instruction de service, le Conseil suppose qu'elle lui défère l'acte de notification de cette instruction et la déclare recevable à se pourvoir contre cet acte, qu'elle n'entendait nullement attaquer.

La solution donnée dans cet arrêt est d'autant plus caractéristique que le Ministre qui, sans doute, avait présents à la mémoire les termes de l'arrêt Carsault de 1909, avait pris grand soin, dans ses observations, d'ajouter, après avoir qualifié de simple avis la dépêche attaquée: « Que le fait que cet avis avait été porté à la connaissance de la municipalité ne saurait en modifier le caractère ».

b) La commission administrative du Bureau de bienfaisance de Versailles avait pris une délibération relative à un projet d'aliénation. Le Ministre des Cultes adressa au préfet de Seine-et-Oise, pour lui prescrire de ne pas approuver cette délibération, des instructions que le préfet porta à la connaissance du maire de Versailles, président de la commission administrative du Bureau de bienfaisance. Le Bureau de bienfaisance déféra au Conseil d'Etat les instructions ainsi communiquées. Le pourvoi est irrecevable, objecte à nouveau le Ministre, qui s'appuie sur le principe de séparation des compétences, en affirmant s'être borné « à adresser au préfet, *seul compétent* pour approuver ou refuser d'approuver l'aliénation projetée... des instructions, lesquelles, si elles ont été portées à la connaissance du maire de Ver-

sailles chargé de les communiquer au Bureau de bienfaisance, *n'en conservaient pas moins* le caractère d'un simple avis et ne constituent pas une décision... » A cette objection, le Conseil d'Etat répond en faisant intervenir le fait de notification à la faveur duquel le principe des compétences est respecté :

« Considérant qu'en portant à la connaissance du maire de Versailles... les instructions... lui prescrivant de ne pas approuver la délibération, le préfet de Seine-et-Oise a entendu informer le Bureau de bienfaisance de son refus, conforme aux dites instructions, d'approuver la délibération susindiquée... que le *pourvoi est en réalité dirigé contre la décision ainsi notifiée, qui émane de l'autorité compétente.* »

Plus explicite encore que l'arrêt de l'année précédente (commune de Heugas), notre arrêt de 1912 démontre que le Conseil d'Etat transforme le pourvoi dirigé contre l'acte préparatoire, qui n'est pas susceptible de faire grief, en un pourvoi dirigé contre la décision intervenue ultérieurement en exécution de cet acte. M. Daresté l'a très bien vu, lorsqu'ayant posé en principe que les « instructions données à une autorité subordonnée » ne peuvent faire l'objet du recours, il opère la restriction suivante, en citant notre arrêt à l'appui :

« Toutefois, lorsque l'autorité subordonnée, à qui il appartient d'ailleurs de statuer (séparation des compétences), *fait sienne* l'instruction de l'autorité supérieure *en la communiquant à la partie intéressée*, elle prend, par cela même, une décision susceptible

de recours.» (*Voies de recours contre les actes de la puissance publique*, 1914, p. 314.)

§ 3. — *Le Conseil d'Etat attribue au fait de notification ou de communication la même valeur déterminante que précédemment, mais de façon implicite.*

Si nous étions en présence d'une évolution strictement historique, c'en serait là le dernier stade et l'étape ultime. Mais nous ne dégagerons jamais, nous le savons, des arrêts qui mettent en jeu l'instruction de service, qu'une évolution logique. Vers la même époque, nous avons trouvé des arrêts Carsault (1909) et Maire de Quimper (1913), des arrêts Commune de Heugas (1911) et Bureau de bienfaisance de Versailles (1912), et nous découvrons maintenant un arrêt Sauvelet (24 janvier 1908, S. 1910. 3. 53), un arrêt Commune de Saint-Malo, 2 décembre 1910 (S. 1913. 3. 59), où cette évolution logique est à son point culminant.

a) L'octroi est régi et administré, à Paris, par un directeur et trois régisseurs, sous l'autorité immédiate du préfet de la Seine. Ce dernier avait adressé au directeur une dépêche par laquelle il l'invitait à faire application d'un certain tarif à des fabricants de produits céramiques. Le directeur notifia ces instructions du préfet aux intéressés, qui les déférèrent au Conseil d'Etat. Mais le Ministre de l'Intérieur opposa au pourvoi deux fins de non-recevoir, dont l'une se fondait sur ce que l'acte attaqué, bien que notifié aux intéressés, n'aurait constitué qu'une simple instruction d'ordre intérieur, adressée à l'adminis-

tration de l'octroi. Le Conseil d'Etat allait-il donner gain de cause aux requérants, du fait qu'une notification était intervenue, et en quels termes?

Une note, non signée au *Sirey*, observe que « la décision du préfet faisait bien grief aux intéressés à qui elle avait été notifiée; des procès-verbaux pouvaient être dressés contre eux ». Evidemment le grief, non plus que dans tous les arrêts précédents, ne faisait pas de doute. Restait à savoir de quelle manière le Conseil d'Etat en tiendrait compte en présence d'un pourvoi dirigé en fait contre de simples instructions. Au point de vue strict de la compétence, c'est au directeur de l'octroi qu'il appartient d'appliquer un tarif aux fabricants, et les procès-verbaux qui pouvaient, d'ores et déjà, être dressés contre ces derniers, l'eussent été en exécution de la volonté du directeur de l'octroi, considéré comme ayant fait siennes les prescriptions contenues dans la dépêche. On était, par conséquent, en droit de s'attendre à ce que le Conseil d'Etat, usant en 1908 du détour dont il se servira en 1911 (Heugas) et en 1912 (Versailles), énonçât formellement que le pourvoi était en réalité dirigé contre la décision du directeur de l'octroi, et devenait par là même recevable. Or, le Conseil n'en fait rien et ne se demande pas un instant si la recevabilité du recours est contestable. Il examine le pourvoi au fond, pour le rejeter d'ailleurs (Sauvelet, S. 1910. 3. 53).

b) De même, en 1910, le Ministre de l'Intérieur invite par lettre le préfet d'Ille-et-Vilaine à refuser son approbation à une délibération du Conseil

municipal de Saint-Malo. Le préfet notifie au maire, sans aucun commentaire, la lettre du Ministre. La commune défère au Conseil d'Etat ce qu'elle qualifie « décision » du Ministre de l'Intérieur, sans arguer d'ailleurs du fait de notification, mais en soutenant simplement « qu'en la forme le recours est recevable », puisqu'elle n'a « aucun autre moyen de faire valoir ses droits ». Le Conseil d'Etat, ici encore, ne discute point la recevabilité et statue immédiatement au fond : « Le Ministre de l'Intérieur, en invitant le préfet à refuser son approbation... n'a fait que lui prescrire d'user du droit d'appréciation et de décision qu'il tient de la loi de 1884 et n'a pas excédé ses pouvoirs ». (Commune de Saint-Malo, 2 décembre 1910, S. 1913. 3. 59, *Recueil*, p. 863.)

Mais du texte même de ce jugement du fond, il ressort jusqu'à l'évidence qu'une véritable décision ne pouvait émaner, dans le cas de l'espèce, que du préfet d'Ille-et-Vilaine, seul compétent ! Le Conseil d'Etat se trouvait donc encore tout particulièrement fondé à spécifier formellement, que le pourvoi n'apparaissait recevable qu'en tant qu'il était en fait dirigé contre la décision du préfet, par laquelle ce dernier se serait approprié, en les notifiant, les instructions du Ministre de l'Intérieur. En ne le spécifiant pas, en s'en tenant sans doute aux termes de la requête et en jugeant que, la commune de Saint-Malo n'ayant effectivement « aucun autre moyen de faire valoir ses droits », le pourvoi devenait par la force des choses recevable contre les instructions même, le haut tribunal administratif a porté, d'une

façon détournée, atteinte au principe de la séparation des compétences. C'est peut-être parce qu'il s'est aperçu que l'admission implicite de la recevabilité du recours de la commune de Saint-Malo n'était pas très juridique, qu'en 1911 et en 1912, dans les deux arrêts Commune de Heugas et Bureau de bienfaisance de Versailles, le Conseil d'Etat a tenu à statuer, en termes formels, sur cette recevabilité.

* * *

Nous concevons qu'usant du premier détour que nous venons d'étudier, tiré de ce fait de notification ou de communication, le Conseil d'Etat apporte à la rigueur de la jurisprudence ancienne des dérogations de valeur et de portée différentes, suivant qu'il adopte l'un ou l'autre des trois modes que nous avons examinés. Au dernier cas, où l'admission de la recevabilité est implicite, nous avons vu que la dérogation est d'importance, puisque le Conseil se dispense de rechercher une décision vraiment exécutoire et faisant grief, pour se retrancher derrière elle. Dans le cas, au contraire, où il se rallie à l'hypothèse de l'appropriation des instructions par l'inférieur qui les notifie, nous sommes en présence d'une simple extension, un peu forcée par suite du désir même qu'a le Conseil de recevoir le pourvoi, de la jurisprudence ancienne : il y a, prise en application directe de l'instruction de service, une décision exécutoire, émanée de l'inférieur, opposable à l'intéressé et qui, par là même, dans la conception la plus étroite du mot, fait grief. Enfin, lorsque le fait de la notifi-

cation vient seulement s'ajouter à un autre fait, — rejet de réclamation — qui suffisait à lui seul à faire admettre la recevabilité, la valeur de la dérogation ainsi apportée aux solutions ordinaires dépend, en partie, de cet autre fait. Nous verrons dans le chapitre troisième (p. 89) que, grâce à la combinaison des deux faits, la dérogation est à peu près nulle.

CHAPITRE II

Le Ministre fournit, à l'occasion du pourvoi, des observations qui portent sur le fond

Les différents détours dont use le Conseil d'Etat pour recevoir les recours dirigés contre l'instruction de service, acte qui ne constitue pas décision, sont caractérisés par M. Grélat d'un mot assez hardi, mais qui fait image : « Chasse aux décisions » (Thèse, p. 798). Les cas les plus curieux nous en sont fournis, ajoute dans le même passage M. Grélat, « par les espèces à propos desquelles le Conseil reconnaît le caractère de décision non pas aux instructions, mais aux *observations du Ministre* » (*ibid.*). Reprenons ces espèces auxquelles il est fait allusion.

Arrêt Allicane, 13 mars 1903 (*Recueil*, p. 238) : Un militaire qui s'était trouvé mis au courant d'instructions adressées à son chef de corps et déniait tout droit à une pension proportionnelle à des militaires appartenant à ce corps, forme un recours contre ces instructions. Le Ministre présente des observations qui tendent au rejet de la requête : « En la forme, elle est dirigée contre de simples instructions qui ne sont d'ailleurs signées ni par le Ministre, ni par le directeur du contentieux » et, au fond, « les militaires indigènes des troupes coloniales n'ont aucun droit à la pension

proportionnelle; le sieur Allicane n'a jamais justifié d'infirmités, etc. ».

Ainsi que le suggère M. Grélat, si le Ministre s'était borné aux observations touchant à la forme de la requête, le Conseil d'Etat eût fort probablement déclaré le recours irrecevable. Mais le Ministre a voulu examiner également le fond, et de ses observations ainsi étendues, « il résulte clairement qu'il refuse de reconnaître au requérant le droit à la pension ». Le Conseil d'Etat se garde de laisser passer une occasion si belle de recevoir un recours, qui, par lui-même, en vertu de l'ancienne présomption qui frappait l'instruction de service, ne paraissait pas susceptible de l'être.

« Sur la recevabilité... considérant qu'il résulte des observations présentées sur le pourvoi que le Ministre de la Guerre refuse de reconnaître le droit du sieur Allicane à une pension proportionnelle et que ce dernier est recevable à se pourvoir contre ce refus devant la juridiction contentieuse ». Sous-entendez : mais Allicane n'est pas recevable à se pourvoir contre les instructions elles-mêmes, qu'il qualifie à tort de décisions, dont elles ne sauraient avoir le caractère.

M. Grélat cite aussi l'arrêt Bastard, du 11 novembre 1904 (*Recueil*, p. 692); mais nous remarquons qu'il ne s'agit pas ici d'instructions de service, puisque la lettre attaquée s'adressait au requérant directement. Nous nous proposons, d'ailleurs, de revenir plus loin sur cet arrêt, qui nous intéresse par analogie avec notre sujet.

L'arrêt type, en notre matière proprement dite, est intervenu peu après la composition de la thèse de M. Grélat. Il confirme et renforce l'arrêt Allicane. C'est l'arrêt Syndicat des Pilotes de Cette, du 18 décembre 1908 (*Recueil*, p. 1070). Écoutons les requérants : « La question était celle de savoir si le sieur Maurel, nommé pilote-major, devait être remplacé dans le cadre des pilotes. C'est au Ministre de la Marine qu'il appartient de nommer les pilotes ; dès lors, le chef de l'inscription maritime n'a pas sollicité seulement des instructions, il a demandé au Ministre de remplacer le sieur Maurel. Le Ministre s'y est refusé et a, par voie de conséquence, réglé les droits du sieur Maurel dans la répartition des bénéfices de la bourse commune. Il y a là une décision susceptible de recours. Au surplus, cette décision a été communiquée aux pilotes de la station de Cette par l'intermédiaire du pilote-major, ce n'est donc pas une simple instruction s'adressant à un subordonné du Ministre ».

Cette requête est déjà significative par le soin qu'y prennent ses auteurs d'écarter d'avance la fin de non-recevoir tirée du caractère non décisive de l'instruction de service, qu'ils prévoient qu'on va leur opposer. Dans le cas présent, soutiennent-ils en substance, il y a bien décision proprement dite et non simple instruction. Ils invoquent à l'appui de cette assertion, au moins deux raisons : la première, qui s'inspire du principe de séparation des compétences, est la suivante : il appartenait au Ministre de la Marine de prendre la décision qu'en fait il s'est refusé

à prendre et, par conséquent, il n'avait pas à procéder par voie d'instructions. C'était oublier d'ailleurs ce que nous savons déjà, qu'une autorité supérieure, bien qu'ayant des pouvoirs propres, peut s'en remettre à ses inférieurs du soin de prendre une décision proprement dite, qu'elle se contente de suggérer. Quoi qu'il en soit, la seconde raison est issue du fait, que nous avons analysé également, de notification ou au moins de communication. Les pilotes ont eu connaissance de ce qu'ils qualifient la décision du Ministre; par cette communication, les lettres ministérielles ont perdu, si tant est qu'elles l'aient jamais eue, le caractère d'instruction de service, simple acte d'administration intérieure s'adressant aux subordonnés et non aux administrés, qui l'ignorent.

Rigoureusement, le Conseil d'Etat devait poser comme suit la question: « Vous, pilotes de Cette, attaquez ce que vous nommez décision. S'agit-il, en réalité, d'une véritable décision, comme vous le soutenez, ou de simples instructions comme l'aspect formel tend à le faire croire? C'est à moi de vous fixer sur ce point ». Il a, en fait, esquivé la réponse en usant du détour que nous étudions. Le Ministre avait fait observer non seulement que le recours n'était pas recevable, mais encore, « qu'au surplus la demande n'était pas fondée, un pilote ne pouvant être remplacé qu'en cas de décès ou de démission »; le Conseil d'Etat exploite ces observations en tant qu'elles portent sur le fond. « Considérant que, dans ses observations sur le pourvoi, le Ministre de la Marine soutient que la nomination du sieur Maurel

aux fonctions de pilote-major n'a pas créé de vacance dans le corps des pilotes; que *la décision ainsi prise par le Ministre* est susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat.»

Ainsi le Conseil indique implicitement qu'au fond sa jurisprudence n'a pas changé : il ne reçoit pas le pourvoi en tant qu'il est formé contre des instructions de service; mais, pour éviter de laisser dépourvu de sanction contentieuse un acte qui cause un préjudice évident, il fait en sorte de le recevoir à la faveur d'une sorte de substitution : la décision contenue dans les observations sur le fond se substitue à l'instruction de service faisant l'objet réel du recours.

Or, il faut bien voir que cette préoccupation n'a pas de tout temps existé chez lui. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter quarante ans en arrière, à un arrêt du 24 janvier 1867, Fabrique de Taupont (*Recueil*, p. 95). Autant, en 1908, le Conseil tient à découvrir bon gré mal gré une décision susceptible de recours, autant, en 1867, il se cantonne dans l'examen formel, extérieur des actes attaqués et d'eux seuls, indépendamment de toutes les observations, si caractéristiques soient-elles, que les Ministres peuvent présenter sur le fond de l'affaire. Voici d'ailleurs les faits :

Le receveur municipal d'une commune avait soulevé des difficultés au sujet des fonds recueillis par la fabrique en vue de la reconstruction de l'église; ces fonds, provenant de souscriptions, avaient-ils ou non le caractère de deniers communaux, auquel cas

c'était à la commune de les centraliser et de diriger les travaux de reconstruction? Les Ministres des Finances et de l'Intérieur avaient adressé au préfet des lettres concluant en faveur de la commune. La fabrique se pourvoit contre ces lettres. Dans l'intervalle, les deux Ministres produisent de nouvelles observations, desquelles il résulte que, revenant sur l'opinion qu'ils avaient exprimée par les lettres attaquées, ils estiment que les conclusions des requêtes doivent être admises. Le Ministre de l'Intérieur dit notamment: « Un nouvel examen de la question ne me permet pas de persister dans cette manière de voir... Je suis porté à penser, à raison des circonstances particulières de l'espèce, que les sommes recueillies au nom de la fabrique lui appartiennent. Dès lors, la fabrique aurait le droit non seulement de diriger les travaux, mais encore de centraliser dans sa caisse tous les fonds ». Il apparaît immédiatement que de semblables observations portent sur le fond, et que si les lettres attaquées n'étaient pas, en elles-mêmes, susceptibles de recours, en vertu de la présomption qui pèse sur l'instruction de service, par contre la décision nécessaire à l'admission de la recevabilité pouvait facilement se découvrir dans ces observations. D'autant qu'il y avait ici des motifs particuliers de recevoir au moins le pourvoi en la forme: par équité, parce que tout portait à croire qu'au fond les requérants avaient raison, et, en dehors même de cette considération, parce qu'il pouvait sembler désirable de juger au fond une affaire, au sujet de laquelle s'était produit un revirement ministériel si curieux.

Or, le Conseil estime purement et simplement que les deux Ministres s'étaient, par les lettres attaquées, bornés à donner au préfet des instructions sur la marche à suivre; que, par conséquent, ces lettres n'avaient pas le caractère de décision, et qu'on ne pouvait donc les lui déférer. C'est-à-dire qu'il se tient strictement, en 1867, dans les termes de sa jurisprudence fondée sur une présomption, sans chercher, à la faveur de circonstances spéciales, le moindre détour qui lui permette de recevoir le recours.

Ainsi, en 1903 (Allicane), en 1908 (Syndicat des Pilotes de Cette), on constate un progrès incontestable dans le sens de l'admission de la recevabilité: la jurisprudence rigoureuse, telle qu'elle apparaissait en 1867 par exemple, persiste en principe, mais le Conseil reçoit cependant des pourvois dirigés effectivement contre des instructions de service, en admettant, par une sorte de subterfuge, que les observations du Ministre sur le fond constituent décision.

Nous ferons, à ce sujet, une remarque.

Cette façon de procéder n'implique pas, à vrai dire, une faveur absolument spéciale à l'instruction de service: elle ne fait qu'appliquer à cet acte particulier un détour dont le Conseil fait usage aussi dans sa jurisprudence générale, détour qui manifeste son évolution libérale, son désir de trouver partout, autant que faire se peut, des décisions recevables.

En 1893 déjà dans une note non signée au *Sirey* (1893. 3. 111), on lit: « Pour éviter des lenteurs de procédure, le Conseil d'Etat admet que les observations sur le pourvoi, si elles sont signées par le Ministre, peuvent

être considérées comme une décision», mais à cette époque cela n'est point admis sans restrictions. La note ajoute, en effet : « A condition que le Ministre n'oppose point la fin de non-recevoir tirée du défaut de décision régulière, et qu'en concluant sur le fond il ait entendu statuer sur le litige ».

Mais, en 1898, on rencontre également au *Sirey* (S. 1898. 3. 40), une autre note non signée dans laquelle toute restriction a disparu : « C'est une pratique constante au Conseil d'Etat, au cas de pourvoi formé contre une décision de la compétence du Ministre et prise par une autre autorité, ou au cas de pourvoi formé en l'absence de toute décision, de considérer les observations ministérielles produites en réponse à la communication du recours comme constituant la décision attaquée ». La note intervient à l'occasion d'un arrêt Cornaille, Leroy et autres, du 7 février 1896; le Ministre des Travaux publics ayant, dans des observations présentées et signées par lui, opposé à la demande des requérants la déchéance quinquennale, ses conclusions doivent être assimilées à une décision susceptible d'être déférée au Conseil. « Cette pratique très libérale, ajoute notre note, a l'avantage de valider un recours qui, sans elle, devrait être renouvelé, ce qui aurait l'inconvénient d'entraîner des longueurs et d'augmenter les frais. Aussi ne peut-on que l'approuver entièrement, bien que le fondement juridique n'en soit peut-être pas très solide. » Cette dernière observation est d'une vérité incontestable; nous sommes en présence d'un subterfuge jurisprudentiel.

Nous nous bornerons à donner ici deux exemples caractéristiques du procédé dans la jurisprudence générale du Conseil d'Etat.

1^o Le Ministre des Colonies fait connaître par lettre à un officier de l'armée territoriale, en 1904, qu'il ne peut lui fournir aucun renseignement relatif à sa situation pendant un séjour qu'il aurait fait au Soudan. Cette lettre ne contient, déclare le Conseil, aucune décision susceptible de recours. Mais la décision contenue dans des observations fournies par le Ministre de la Guerre sur le recours et par lesquelles ce Ministre refuse au requérant le droit à l'obtention de la médaille coloniale et au bénéfice d'une campagne, est susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat. La solution est implicite, l'arrêt se bornant à énoncer : « *en ce qui touche la décision du Ministre de la Guerre* contenue dans les observations ci-dessus visées » et à examiner au fond la décision ainsi découverte. C'est l'arrêt Bastard, du 11 novembre 1904 (*Recueil*, p. 692), que nous réservions plus haut, parce qu'il ne met pas en cause l'instruction de service. Il présente ceci de curieux que le Ministre, auteur de la lettre attaquée, n'est pas celui dont les observations sur le fond ont constitué la décision susceptible de recours; ce qui renforce encore notre argumentation, en prouvant toute la volonté du Conseil, dans certains cas, d'extraire des circonstances une décision, qui puisse faire l'objet d'un pourvoi en annulation.

2^o Voici maintenant une espèce où existe bien une décision, mais où il s'agit de savoir si cette décision fait ou non grief. Le Ministre de la Guerre déclare

qu'il ne sera fait aucun rappel de solde coloniale aux troupes qui ont opéré à un endroit déterminé. Un chef de bataillon, Boucé, demande l'annulation de cette décision. Le Ministre ne conteste point le caractère décisoire de son acte, mais il se retranche derrière l'ancienne et étroite notion du grief, subordonné à un intérêt actuel, immédiat et direct. La décision attaquée, observe-t-il, n'a pu faire grief au sieur Boucé, cette décision n'ayant statué que pour l'avenir : néanmoins, ajoute-t-il, il refuse de lui reconnaître droit à l'allocation sollicitée. Le Conseil d'Etat va-t-il se placer sur le même terrain et discuter le grief, le caractère actuel ou éventuel de l'intérêt froissé. Non pas : « En admettant, déclare-t-il, que la décision susvisée n'ait pas statué sur le droit prétendu par le requérant... le Ministre a, dans les observations en défense qu'il a présentées, dénié ce droit au sieur Boucé ; qu'ainsi le débat est lié sur les conclusions de la requête et qu'il a lieu de statuer au fond ». (Boucé, 30 janvier 1914, *Recueil*, p. 101.)

CHAPITRE III

L'instruction de service aboutit à rejeter un recours, une réclamation ou une demande.

M. Hauriou écrit, dans son *Droit administratif*, en discutant la donnée de la juridiction ministérielle : « Il y a lieu de distinguer les hypothèses où le Ministre prend une décision spontanée ou précédée tout au plus d'une sollicitation, et celles où il prend une décision précédée d'une réclamation ou d'un recours. Dans le premier cas, sa décision n'a rien de commun avec un jugement, elle n'est que la manifestation de volonté d'une autorité ou d'une partie. Dans le second cas, elle présente certains éléments d'un jugement, puisqu'elle intervient sur une réclamation et que la réclamation est le symptôme d'une contestation ». (*D. A.*, 10 édit., p. 889, en note.) D'une manière générale, quelle que soit l'autorité administrative à qui s'adresse une réclamation, on est fondé à dire que l'acte par lequel l'autorité saisie se prononce sur cette réclamation prend une valeur particulière, que peut ne pas revêtir un acte spontané. Cette valeur se conçoit mieux encore depuis la loi du 17 juillet 1900, qui a assimilé à une décision de rejet le silence gardé par l'Administration pendant quatre mois

sur une réclamation, de quelque nature qu'elle soit, adressée d'une façon formelle à l'administrateur compétent. Si l'on considère qu'il y a décision alors que l'administrateur n'a rien dit, il est difficile de dénier le même caractère décisoire aux actes par lesquels il se prononce explicitement. C'est pourtant ce à quoi l'on sera amené, si l'on s'en tient à la présomption que les instructions ne constituent pas des décisions et ne font pas grief, dans le cas particulier où l'instruction aboutit précisément à rejeter une réclamation. Pour peu que cette instruction ait été notifiée à l'intéressé par l'inférieur hiérarchique à qui elle s'adressait, on tombera dans l'absurdité en refusant de voir en elle un acte véritablement décisoire, susceptible de faire directement grief. Ce n'est assurément pas un acte préparatoire ou comminatoire, ce n'est pas davantage une décision ne faisant pas grief parce qu'elle n'est encore opposable à personne.

Il semble cependant que, même alors, le Conseil d'Etat n'a pas complètement ni toujours repoussé la présomption pesant sur l'instruction de service. Ce sont les arrêts fidèles à cette présomption enracinée que nous étudierons d'abord, avant de montrer, par contraste, comment l'évidence du grief a, au contraire, frappé le Conseil d'Etat à l'occasion de certaines espèces.

* * *

En 1876, le 23 juin, intervient l'arrêt Vergnon contre le Ministre de la Guerre (*Recueil*, p. 597) :

Vergnon, fournisseur de l'armée, avait formulé des réclamations à la suite de la résiliation de son marché, qui aurait eu pour effet de l'empêcher de faire certaines livraisons. Par une dépêche adressée à l'intendant militaire et notifiée par ce dernier au requérant, le Ministre déclara qu'il ne procéderait pas à la liquidation de l'indemnité si le requérant ne consentait pas à un certain mode de vérification de ses fournitures. Vergnon prétendait que cette vérification ne présentait pour lui aucune garantie; qu'en conséquence il avait dû refuser ces conditions et que, par suite, il n'avait pas été statué sur sa demande en indemnité. La conclusion de sa requête était la suivante: la dépêche constituait une décision par laquelle le Ministre refusait de statuer sur la demande. A toute cette argumentation, le Conseil répond en peu de mots:

« Considérant que... le Ministre de la Guerre se borne à donner à l'intendant militaire des instructions pour l'examen des réclamations formulées par le sieur Vergnon; qu'ainsi cette dépêche ne constitue pas une décision susceptible, etc... » (Cf. Ville de Strasbourg c/ Ministre des Finances, S. 1840. 2. 475.)

En 1902, le 19 décembre, le Conseil rend l'arrêt Gossoin (S. 1903. 3. 9). Un greffier de justice de paix prétendait exiger de la commune le remboursement du loyer de son bureau. Débouté par la juridiction civile, il se retourna du côté de l'Administration et saisit le Ministre de l'Intérieur par un long mémoire, où il lui demandait de mettre la commune en demeure de le rembourser. Le Ministre répondit, par une

dépêche adressée au préfet de Seine-et-Oise, qu'aux termes d'un arrêt du Conseil d'Etat, Ville de Troyes, les communes ne sont pas tenues de ce remboursement. C'est contre cette dépêche, « refusant, dit-il, de mettre la commune en demeure », que Gossoin se pourvoit. Le Conseil d'Etat déclare son recours irrecevable, la dépêche attaquée ne renfermant pas de décision, mais de simples avis : avis sous forme d'instructions, d'ailleurs, mais le Conseil néglige cette fois de prendre à partie d'une façon explicite cette sorte d'actes. Il n'en pense pas moins, si l'on s'en réfère à une note extrêmement fouillée de M. Hauriou sous notre arrêt :

« Le Conseil d'Etat eût très bien pu répondre autrement qu'il ne l'a fait, s'il eût voulu solutionner les questions. Il a considéré que la dépêche n'était *pas une décision, sans doute parce qu'au lieu d'être adressée au réclamant, elle était adressée au préfet...* Il semble bien qu'il y eut... la décision ferme inspirée de l'arrêt du 23 mars 1900, Ville de Troyes, que la commune ne devait pas le remboursement de ces loyers. Si le Conseil d'Etat avait voulu faire état de *cette décision ferme, qui était, en réalité, une décision de rejet*, il eût pu statuer au fond. »

Que le Conseil ait préféré ne pas statuer, parce qu'il se trouvait en face de plusieurs questions embarrassantes, peu importe. Le fait que, pour repousser le recours en la forme, il a opposé l'argument tiré du caractère non décisoire de la dépêche attaquée, nous suffit.

Il est plus difficile de savoir quelle raison exacte a, au contraire, décidé le Conseil d'Etat à recevoir le recours dans l'espèce suivante, que nous plaçons à part : entre les arrêts dans lesquels le Conseil s'en tient à sa présomption ancienne et rigoureuse, bien qu'il soit, en réalité, ainsi que l'exprime M. Hauriou, en présence « d'une décision de rejet », et ceux dans lesquels il abandonne sa présomption, en considération de ce cas spécial. Nous faisons allusion à l'arrêt Dame Maître, du 9 mars 1906 (*Recueil*, p. 217).

La requérante, titulaire d'un marché de fournitures, avait formé successivement deux pourvois : le premier contre une dépêche du Ministre de la Guerre, adressée à tous les directeurs de l'Intendance et interprétant un cahier des charges contrairement à ses droits de fournisseur : aux termes de cette dépêche, elle aurait dû rembourser à l'Administration non seulement le prix du pain rejeté pour avaries attribuées à un vice de fabrication, mais aussi la valeur des caisses rebutées. La requérante attaquait d'autant plus la dépêche ministérielle, « qu'elle avait été rendue à la suite de la réclamation formulée par elle contre un ordre de remboursement qui lui avait été adressé par le sous-intendant militaire de Niort et qu'elle prenait, par suite, un caractère quasi personnel et direct ». (Grélat, Thèse, p. 748.)

Le second pourvoi tendait à l'annulation d'une décision du Ministre de la Guerre, du 3 février 1903, intervenue avant que le Conseil eût statué sur la première requête. En exécution de la dépêche précédente et de l'interprétation qu'elle donnait, cette

décision ministérielle constituait la dame Maître débitrice d'une somme importante, montant d'imputations mises à sa charge pour avaries de pain de guerre.

Le Conseil d'Etat pouvait statuer dans deux sens différents, soit qu'il s'enfermât dans sa rigueur ancienne, soit qu'il tînt compte du fait que la dépêche du Ministre aux directeurs de l'Intendance aboutissait à rejeter une réclamation antérieure. En s'inspirant de la première conception, il eût libellé son arrêt à peu près dans les termes suivants : « Le premier pourvoi n'est pas recevable, puisqu'il est dirigé contre des instructions de service qui ne sont pas, par hypothèse, des décisions susceptibles de faire grief. Le second pourvoi par lequel le Ministre a fait à la requérante application directe et individuelle des instructions précédentes est recevable. » Cette distinction eût été rigoureusement conforme à l'exigence de Laferrière : « La partie doit attendre que ces actes l'atteignent » ; c'était, d'ailleurs, la solution donnée par le Ministre dans son mémoire en défense. D'autre part, en s'inspirant de la seconde conception, plus libérale, le Conseil eût pu dire : « Considérant que c'est à la suite des réclamations de la requérante que le Ministre a informé les directeurs de l'Intendance de l'interprétation à donner au cahier des charges, et qu'il y a là une décision susceptible de faire grief, le premier pourvoi est recevable ». (Cf. infra, p. 99, Bazenant et Delpon, du 16 décembre 1904.)

Or, le Conseil d'Etat n'adopte aucune de ces deux formules, ou plutôt il les utilise toutes deux, sans

qu'on sache exactement de quelle conception il s'est foncièrement inspiré. Il fait, de plus, intervenir à l'occasion des deux pourvois le terme de « décisions », qui rend plus obscure encore sa pensée profonde.

« Considérant que, par sa décision en date du 23 février 1903, le Ministre a fait application à la dame Maître des décisions (il s'agit ici, avant tout, des instructions aux directeurs de l'Intendance) dont elle demande l'annulation par son premier pourvoi; qu'il a ainsi ratifié ces décisions, qui sont *intervenues à l'occasion des réclamations formulées par le fournisseur et qui lui font grief*. Que, dès lors, le Ministre n'est pas fondé à soutenir que la requête dirigée contre elle (contre la décision de 1903 faisant application) n'est pas recevable. »

A bien lire cet arrêt, on saisit que le Conseil d'Etat s'est attaché à faire un tout des divers éléments des deux requêtes, qu'il joint d'ailleurs pour y statuer en même temps. Il nomme « décisions » tout ce qui constituait l'objet du premier pourvoi, et il reconnaît que ces décisions-instructions faisaient grief à la requérante, ce qui est admettre implicitement que le premier pourvoi eût pu être recevable en lui-même.

* * *

Mais, dans bien des cas, et de longues années avant l'arrêt Maître, le Conseil d'Etat ne s'était pas contenté de cette admission implicite. Il avait reconnu formellement le caractère décisoire et la faculté de faire grief à des instructions de service, du moment

qu'elles aboutissaient, bien qu'adressées à un fonctionnaire inférieur, à rejeter des réclamations formulées devant leur auteur par un administré. C'est une des caractéristiques de la jurisprudence administrative de donner sur le même point et à la même époque des solutions différentes; comme si, avant d'en finir avec une théorie désormais battue en brèche, elle voulait mettre à l'essai la théorie nouvelle et lui faire produire des applications d'espèce, tout en continuant à se réserver. Ce n'est que lorsqu'un arrêt de principe est intervenu que la théorie nouvelle triomphe définitivement et à l'exclusion de la précédente. Encore n'est-il pas rare que cette dernière manifeste, à la faveur de certaines circonstances, des prolongements inattendus, semblables aux pousses folles des plantes qu'on a cessé de cultiver.

1^o Dès 1877, on rencontre dans la jurisprudence un arrêt intéressant notre étude: une dame Saradin s'était plainte au Ministre de la Guerre du préjudice causé à sa propriété par des projectiles provenant du polygone de Bourges. Le Ministre adresse sa réponse au directeur de l'artillerie du 8^e corps d'armée, en lui ordonnant de la notifier à l'intéressée. Celle-ci attaque la lettre ministérielle devant le Conseil d'Etat. Le Ministre oppose tout naturellement la fin de non-recevoir tirée de ce que sa lettre ne constituait pas une décision: il s'y était, disait-il, borné à déclarer que la réclamation était trop vague pour qu'il y eût lieu de statuer sur elle. Il eût pu ajouter que sa lettre, adressée à un inférieur et non au récla-

mant, n'était qu'une instruction de service, présumée ne pouvoir constituer décision. Si l'on se souvient, d'autre part, que l'arrêt Vergnon, étudié plus haut, datait du 23 juin 1876, alors que l'arrêt Saradin est du 23 mars 1877, on peut s'attendre, la notification de l'acte ministériel ayant eu lieu dans les deux cas, à ce que le Conseil d'Etat lui-même eût opposé le caractère d'instruction et eût rendu un arrêt motivé à peu près comme l'arrêt Vergnon : « Considérant que le Ministre de la Guerre se borne à donner au directeur de l'Ecole d'artillerie des instructions pour l'examen des réclamations formulées par la dame Saradin ».

Or, voici le texte réel de l'arrêt, qui rejette formellement la fin de non-recevoir : « Considérant que la lettre... adressée par le Ministre de la Guerre au directeur de l'Ecole d'artillerie... et notifiée par son ordre à la dame Saradin *constitue une décision ayant pour objet de rejeter comme non justifiées les réclamations* de la requérante... que celle-ci est dès lors recevable ». (23 mars 1877, *Recueil*, p. 313).

2^o Un mois plus tard intervient l'arrêt dame veuve Véron (27 juillet 1877, *Recueil*, p. 747), qui concorde au fond avec le précédent, bien qu'il semble en apparence contradictoire. Citons la requête : « Plaise... annuler une décision par laquelle le Ministre des Travaux publics a décidé de poursuivre devant le Conseil de préfecture la démolition d'une construction... et a *rejeté la demande* que la requérante lui avait adressée... à l'effet d'être autorisée à exécuter des remblais et autres ouvrages le long de la Seine ».

On remarquera que le Ministre avait décidé la démolition et refusé la demande dans le même acte, qui était une instruction adressée à un préfet. Evidemment, ils'agit ici, non de réclamation, mais de demande et de la demande on ne peut pas dire qu'elle soit « le symptôme d'une contestation ». Cependant, du fait que le Ministre n'agit pas spontanément ou sur simple sollicitation d'un subordonné, l'acte par lequel il refuse l'autorisation peut paraître dépasser la portée d'une simple instruction. C'est sans doute cette idée qui est au fond de l'arrêt :

« Considérant, d'une part, que l'invitation au préfet de transmettre au Conseil de préfecture un procès-verbal de contravention ne constitue qu'une instruction donnée par le Ministre à un fonctionnaire placé sous son autorité;

« Considérant, d'autre part, que le refus du Ministre de donner suite à la demande, à l'effet d'obtenir l'autorisation d'exécuter certains travaux... est un acte de pure administration, qui n'est pas susceptible, etc... »

La distinction faite par le Conseil semble impliquer qu'il n'a pas jugé pouvoir opposer à la requérante, pour l'ensemble de son pourvoi, l'argument tiré du caractère d'instruction de service de l'acte attaqué. Il s'appuie pour repousser le recours, en tant qu'il vise le refus du Ministre, sur une autre fin de non-recevoir, issue de la notion « d'acte de pure administration » et non plus de celle d'acte purement préparatoire, impuissant à faire grief. Un acte de pure administration est parfaitement susceptible de faire

grief, mais la nécessité de respecter l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Administration s'oppose à ce qu'on puisse le déférer au Conseil.

3^o Plus net est, en 1890, l'arrêt Compagnie Chemins de fer P.-L.-M. contre Ministre de la Guerre (28 février 1890, *Recueil*, p. 245). La Compagnie attaquait une décision par laquelle le Ministre avait liquidé le prix d'un transport de poudre effectué pour le compte de l'Etat. Le Ministre opposait une fin de non-recevoir, tirée de ce que cette décision du 1^{er} mai 1886 n'était que la confirmation d'une décision antérieure du 15 février, et en outre ne constituait pas par elle-même une décision véritable. Or, dans l'intervalle entre le 15 février et le 1^{er} mai, la Compagnie avait réclamé, devant le Ministre lui-même, contre la première décision. Le Conseil d'Etat tient compte de cette circonstance :

« Considérant, d'une part, que, par sa dépêche du 15 février... le Ministre s'est borné à donner des instructions au directeur du service de l'Intendance... sur l'interprétation qu'il devait donner à l'article 47 du traité passé pour les transports de la guerre... que, dès lors, cet acte n'était pas susceptible d'être déféré, etc.;

« Mais considérant d'autre part que, par sa seconde dépêche, le Ministre, *statuant sur les réclamations* dont sa première dépêche avait été l'objet de la part des Compagnies... a prescrit de leur faire l'application de son interprétation... et que, dès lors, le recours dirigé *contre cette décision* est recevable. »

A première vue, on peut croire que cet arrêt se

rattache purement et simplement à la jurisprudence ancienne, qui n'accepte que le recours formé contre l'acte pris en application directe et individuelle de l'instruction antérieure. Le Conseil d'Etat lui-même semble avoir voulu opérer ce rattachement en parlant de « l'application » aux Compagnies de l'interprétation contenue dans les instructions du 15 février. Mais, à la vérité, la dépêche du 1^{er} mai était, comme la précédente, adressée au directeur du service de l'Intendance, et non aux Compagnies elles-mêmes. Elle avait donc également l'aspect d'instructions de service, et la jurisprudence ancienne, observée de façon rigoureuse, eût voulu que seule une décision, émanée du directeur de l'Intendance lui-même, pût être attaquée. Sous le couvert du principe de l'application directe, détourné de sa signification véritable, le Conseil d'Etat n'a, en somme, tenu compte que du fait incontestable en l'espèce : le Ministre, par sa seconde dépêche, statuait sur des réclamations. Cette circonstance, quelle que soit la nature propre de l'acte envisagé, et serait-il purement préparatoire d'ordinaire, suffit à lui conférer le caractère de décision.

4^o D'ailleurs ce point est développé avec une précision singulière dans l'arrêt Bazenant-Delpon, du 16 décembre 1904 (*Recueil*, p. 823), après lequel il semble qu'aucun doute ne puisse plus subsister. Il est vrai que, comme dans l'arrêt Saradin, de 1877, le fait de notification intervient à l'appui du pourvoi. Des directeurs d'écoles primaires avaient saisi le Ministre de l'Instruction publique d'un recours contre

un règlement fait par un inspecteur primaire. Le Ministre informe par lettre l'Inspecteur d'Académie qu'il maintenait ce règlement. Les directeurs d'école demandent l'annulation de ce qu'ils nomment « la décision par laquelle le Ministre a refusé d'annuler un règlement... ». Au Ministre, opposant la fin de non-recevoir tirée de ce que la dépêche par laquelle il donnait des instructions à l'Inspecteur d'Académie ne constituait pas une décision susceptible de recours, le Conseil réplique, en donnant aux requérants gain de cause en la forme, avant de le leur donner au fond :

« Considérant qu'il résulte des termes mêmes de la dépêche susdatée, que *c'est à la suite du recours* que les directeurs avaient formé devant lui... que le Ministre a informé l'Inspecteur d'Académie qu'il maintenait le règlement... et que cette dépêche a été *régulièrement notifiée* aux requérants; qu'elle a, par suite, le caractère d'une décision. »

C'est bien là une sorte d'arrêt de principe. Mais comme une notion complémentaire — celle de la notification — (Cf. arrêt Saradin) y est retenue par le Conseil, c'est maintenant le lieu de déterminer sa portée exacte. Ainsi que nous l'avons fait pressentir (*supra*, p. 70), le Conseil d'Etat ne suppose pas, dans le cas présent, que l'inférieur, par la notification qu'il en a faite, se soit approprié les instructions de service, émanées d'ailleurs d'une autorité qui, en l'espèce, est compétente pour prendre une décision. En d'autres termes, la notification ne transforme pas ici l'acte préparatoire du supérieur

en un acte exécutoire du subordonné. Elle se borne à ajouter aux instructions de service constituant décision de rejet l'élément qui peut leur manquer pour être assimilées à un acte faisant véritablement grief, l'opposabilité à l'intéressé. Mais la « décision » qui fait l'objet du recours recevable émane bien de l'Autorité supérieure qui a pris les instructions, non de l'inférieur qui les a notifiées. Et d'ailleurs le Conseil se passe parfaitement, le cas échéant, de cette notion de notification (Ch. de fer P.-L-M., supra, Heilmann et autres, infra) : si la « décision » ne fait plus absolument grief direct, peu importe. On sait que l'exigence de la jurisprudence à cet égard n'est déjà plus, en 1904, la même qu'autrefois.

5^o Confirmant l'arrêt Bazenant-Delpon, mais toute question de notification cette fois mise à part, l'arrêt Heilmann, du 30 mai 1913 (*Recueil*, p. 599), démontre une certaine constance jurisprudentielle en la matière. D'autant qu'il y aura, cette fois, rejet au fond, ce qui prouve que la seule question de recevabilité préoccupe le Conseil :

« Considérant que le recours adressé par eux (les marins formant l'équipage d'un navire porte-câbles, le *François-Arago*) au Sous-Secrétaire d'Etat à la Marine a été formé... dans le délai prévu... et que la décision du Ministre du 21 mai 1910, *indépendamment des instructions qu'elle contenait* au sujet du régime à appliquer à l'avenir aux marins du *François-Arago*, statuait expressément sur la demande des requérants tendant à ce que la période antérieure au... ne fût pas comprise dans les services

annulés... qu'ainsi la requête présentée dans le délai légal *contre la décision* du 21 mai 1910 est recevable.»

Si l'on note que le Ministre de la Marine se fondait, pour écarter le pourvoi, sur ce que la dépêche, dans sa totalité, n'était qu'une instruction, on se rend parfaitement compte que le Conseil d'Etat a le souci, en rédigeant son arrêt, de lui répondre directement: « Votre dépêche a bien, ainsi que vous le soutenez, le caractère d'instructions pour une part; mais dans la mesure où, par elle, vous avez statué sur une demande antérieure et l'avez rejetée, elle perd ce caractère pour prendre celui de décision ». Et l'on rencontre à nouveau la tendance jurisprudentielle à distinguer des éléments différents non pas seulement dans deux actes présentant tous deux le même aspect extérieur d'instructions (Ch. de fer P.-L.-M.), mais aussi dans le même acte qui est analysé et séparé en deux parties (arrêt Dame Véron, arrêt Heilmann).

Or, cette observation nous est une transition naturelle pour passer à l'étude d'une autre manière d'être de la jurisprudence de l'instruction de service, étude qui fait l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE IV

L'instruction de service qui, en elle-même, ne peut être déférée au Conseil d'Etat, contient ou constitue une décision susceptible de recours.

Dans l'arrêt Heilmann, que nous quittons, le Conseil d'Etat, se trouvant dans l'obligation de mettre d'accord les requérants, qui prétendent attaquer une décision, et le Ministre qui réplique n'avoir pris qu'une instruction, tourne la difficulté par une distinction qui fait la part de chacun. Le même acte, dont l'aspect formel et extérieur ne saurait par conséquent être que unique, est, en réalité, constitué de deux éléments bien distincts : l'élément instructionnel, l'élément décisoire. Le premier n'est pas susceptible de faire grief; pas de recours. Le second fait grief ou est susceptible de le faire : le recours contre lui et contre lui seul est admis.

Mais, dans cet arrêt Heilmann, intervenait une notion un peu spéciale, dont nous avons vu l'influence en bien des cas sur les solutions du Conseil : celle de rejet de demande, de recours ou de réclamation. Il faudrait maintenant, pour répondre complètement au titre de ce chapitre, trouver un arrêt dans lequel, indépendamment de toute particularité de ce genre,

le Conseil d'Etat affirme discerner dans une instruction de service, en face de la partie instruction proprement dite, une partie décision. Nous avons cet arrêt, et c'est celui du 1^{er} mars 1901, Société des Docks de Bourgogne et Entrepôts de la Côte-d'Or (*Recueil*, p. 237).

Un Ministre fait connaître par lettre, au service de l'Intendance, l'interprétation qu'il entend donner aux stipulations du marché passé entre l'Etat et une Société adjudicataire du service des magasins généraux de Dôle, Sens et Montereau. Cette dernière est-elle recevable à attaquer la lettre ministérielle? Ecoutons le Conseil d'Etat :

« Considérant que, dans les décisions attaquées, le Ministre s'est borné, en ce qui concerne les magasins de Montereau et de Sens, à indiquer l'interprétation qu'il entendait donner... et à adresser, en conséquence, des instructions au service de l'Intendance — que, sur ce point, ces décisions ne sont pas susceptibles d'être déferées...

« Mais considérant qu'en ce qui concerne les magasins de Dôle, le Ministre a *décidé* que, par suite d'une interprétation contraire à celle qu'il a donnée, une certaine somme a été payée en trop par l'Etat et qu'il en a ordonné le reversement; que la Société requérante est donc recevable à déférer au Conseil d'Etat cette *décision*, en tant qu'elle est relative aux magasins de Dôle. »

Ainsi, comme l'observe M. Grélat, le Conseil d'Etat « a scindé cette lettre en deux, au point de vue de la recevabilité du pourvoi » (Thèse, p. 801). L'interpré-

tation du marché fait l'objet d'instructions non susceptibles de recours; l'application de cette interprétation, c'est-à-dire l'ordre de reversement, qui n'est donné que pour les magasins de Dôle, constitue, au contraire, une décision véritable. Mais ici nous mettons en garde contre une tentation dont nous avons signalé plus haut la possibilité, à l'occasion de l'arrêt de 1890, Compagnie Chemins de fer P.-L.-M. (*supra*, p. 99). On peut être porté à voir encore, en 1901, dans la distinction faite par le Conseil d'Etat, une conséquence de l'exigence ordinaire qui est à la base de la jurisprudence ancienne, celle d'un acte ultérieur pris en application directe et individuelle de l'instruction de service, celle de Laferrière: « Pour que le recours soit recevable, il faut qu'il existe une décision susceptible d'être exécutée; si l'administrateur s'est borné à manifester des intentions qui ne pourront se réaliser que par des actes ultérieurs, la partie doit attendre que ces actes l'atteignent » (*op. cit.*, II, 426). L'interprétation du Ministre, peut-on soutenir, n'atteint évidemment pas la Société des Docks de Bourgogne directement, mais l'ordre de reversement, pris par application individuelle aux magasins de Dôle de cette interprétation, constitue l'acte ultérieur qui, lui, réalise une atteinte directe. Le Conseil n'apporterait donc ici aucune atténuation à la rigueur de sa jurisprudence.

Que répondre à ce raisonnement, qui paraît fondé?

Ceci : quand le Conseil reçoit le recours formé contre un acte pris en exécution d'instructions de service, cet acte est extérieurement bien distinct de ces ins-

tructions, il existe par lui-même et s'adresse non pas à un fonctionnaire inférieur chargé de le transmettre, mais aux particuliers eux-mêmes, auxquels il fait application directe et individuelle des instructions intervenues antérieurement. Dans notre arrêt, nous sommes en présence d'une seule et même lettre, qui, d'un bout à l'autre, est en forme d'instruction de service, car elle s'adresse au service de l'Intendance aussi bien lorsqu'elle interprète le marché que lorsqu'elle prescrit le reversement par les magasins de Dôle. Il n'y a aucun doute sur ce point, et M. Grélat le voit bien, puisqu'il cite notre arrêt à l'appui de l'affirmation suivante : « Il est des cas où l'instruction elle-même est annulée, et par application de la théorie suivant laquelle seules les décisions font grief... L'instruction, malgré son caractère d'instruction, s'analyse comme une véritable décision — et à ce titre, mais à ce titre seul, elle est annulée ». (Grélat, p. 800).

Or, dès l'instant que le Conseil a admis que, pour une part, l'instruction de service puisse revêtir le caractère de décision, il est à prévoir que si les circonstances de l'espèce s'y prêtent, il lui reconnaîtra ce même caractère pour le tout. C'est effectivement la solution qui se dégage d'un certain nombre d'arrêts que nous allons examiner :

Le 15 mai 1903, le Conseil d'Etat rend l'arrêt Gabrielli (*Recueil*, p. 366), ainsi libellé :

Sur la recevabilité : « Considérant que la dépêche... par laquelle le Ministre de la Guerre a précisé la portée de tel arrêté, *en vue d'en faire application au*

requérant, constitue une *décision* contre laquelle ce dernier est recevable à se pourvoir de vant le Conseil ».

Reprenant l'observation déjà faite à l'occasion de l'arrêt précédent, nous remarquons que le Conseil semble s'en référer à sa jurisprudence ancienne et à son exigence d'un acte pris en application directe et individuelle de l'instruction. Cela est si vrai qu'on s'y est trompé et qu'une note non signée au *Sirey*, sous l'arrêt Rossi, de 1911 (S. 1913. 3. 94), interprète comme suit ce que nous venons de lire : « Quant à la légalité des dispositions des circulaires administratives, il est admis que les fonctionnaires intéressés peuvent la contester, au moment où il leur est fait application de ces dispositions (Gabrielli, 1903) ».

En réalité, ce n'est pas au moment où il lui aurait été fait application de ces dispositions, mais, au contraire, avant cette application et « en vue de cette application », que le requérant conteste leur légalité. « Plaise annuler une lettre... par lui qualifiée décision, par laquelle le Ministre de la Guerre aurait interprété à son préjudice » tel article de loi et tel arrêté ministériel. Il n'est pas question ici d'une décision individuelle qui ferait application d'une instruction de service antérieure, mais bien d'une instruction proprement dite, qui fait application au requérant d'un arrêté intervenu précédemment.

Les conclusions à tirer de cet arrêt Gabrielli sont, au contraire, en désaccord complet avec la jurisprudence ancienne : tout son intérêt découle, en effet, de la solution donnée par le Conseil d'Etat au débat existant entre le requérant et le Ministre, avant que

le chef de corps eût pris aucune mesure d'exécution directe. Le requérant qualifiait la dépêche : décision. Le Ministre soutenait qu'elle ne constituait que de simples instructions adressées à un chef de corps, ce qui sous-entendait que, par présomption, elle ne pouvait être revêtue du caractère de décision. C'est cette présomption que le Conseil d'Etat repousse, en affirmant que la dépêche ministérielle, bien qu'adressée à un subordonné, et non à l'intéressé directement, constituait une décision contre laquelle ce dernier était recevable à se pourvoir.

* * *

Dans cet arrêt Gabrielli, le Conseil a statué explicitement sur la recevabilité et déclaré lui-même formellement que l'acte attaqué constituait décision. Voici des cas plus curieux, où le Conseil d'Etat ne s'est point donné cette peine. Il s'est reposé sur le soin que prenaient les requérants de ne pas se pourvoir contre l'instruction de service elle-même, mais bien *contre la décision qu'ils prétendaient contenue dans cette instruction*. « Les intéressés, dit M. Grélat, sont mieux renseignés sur la véritable pensée du Conseil que les auteurs les plus profonds et les mieux avertis. Ils portent tout le poids de leur argumentation sur le point de savoir s'il y a ou non décision, et s'efforcent de prouver qu'il y a décision » (Thèse, p. 794). En recevant donc le pourvoi sans même discuter sa recevabilité, le Conseil admet tout simplement, de manière implicite, l'affirmation des requérants, inspirée de sa jurisprudence même et

inodelée sur elle, qu'il y a dans l'instruction de service qu'ils lui défèrent une décision. Son acceptation implicite est une nouvelle manifestation, particulièrement convaincante, de la tendance que nous cherchons à mettre en lumière dans ce développement, tendance à considérer que l'instruction de service contient ou constitue décision pour le tout.

1^o Dans ces arrêts implicites, nous rangeons l'arrêt du 1^{er} juin 1906, Thibaut (*Recueil*, p. 501). Thibaut, commis-greffier de la Justice militaire, déférait au Conseil une circulaire du Ministre de la Guerre, en date du 14 septembre 1905. Cet acte, modifiant les prescriptions réglementaires, établissait un nouveau mode d'inscription au tableau d'avancement des commis-greffiers pour le grade d'officiers d'administration. Le requérant, fidèle à la ligne de conduite que nous indiquions plus haut, prenait soin de spécifier : « Plaise annuler la *décision contenue dans une circulaire* ». Sans discuter la recevabilité sur ce point, le Conseil admet implicitement qu'en effet la circulaire contient décision.

A première vue, notre affirmation, que le Conseil ne discute pas la recevabilité dans l'arrêt Thibaut surprendra quelque peu le lecteur, car plus de quinze lignes prennent place sous la rubrique : « Sur la recevabilité », s'opposant à la rubrique : « Au fond », qui lui succède. C'est qu'il faut noter avec précision sur quoi porte exactement cet examen de la recevabilité ; à lire attentivement l'arrêt, on s'aperçoit que pas une minute le Conseil ne se demande si la circulaire, adressée aux subordonnés et n'atteignant pas direc-

tement ceux qu'elle vise, peut ou non contenir une décision véritable. Les requérants affirment qu'elle le peut, et il les croit purement et simplement. Mais après avoir, une fois pour toutes, admis qu'il est en présence d'une décision, il se demande si cette décision peut faire grief; il examine la fin de non-recevoir du Ministre, qui était à peu près la suivante: la décision attaquée ne causait pas au requérant un préjudice direct et immédiat, le requérant ne se trouvant, en aucun cas, en rang utile pour être immédiatement promu au grade supérieur: « Le requérant, disait encore le Ministre, ne justifie pas d'un intérêt de nature à rendre le recours recevable ».

Le Conseil estime qu'au contraire Thibaut justifie d'un intérêt suffisant :

« Considérant... que le rang occupé par chaque candidat sur le tableau d'avancement constitue l'un des éléments d'appréciation soumis au Ministre de la Guerre, qui statue sur les nominations à faire au choix; qu'ainsi le requérant a intérêt et est recevable à déférer au Conseil d'Etat toute décision ministérielle prescrivant un mode d'inscription... qu'il soutient être contraire aux dispositions du décret du 19 janvier 1900, et qui aurait pour effet de modifier défavorablement le rang qu'il occupait sur ce tableau. »

Notons ces termes: « toute décision ministérielle »: précisément, sommes-nous bien en présence d'une décision du Ministre, dans l'espèce où n'est en cause qu'une circulaire, c'est-à-dire une instruction de service générale? C'est parce que le Conseil ne se pose même pas la question et s'en tient à la formule de

la requête : « Annuler la décision contenue dans une circulaire », que nous pouvons dire qu'il statue sur la recevabilité de l'instruction de service implicitement. Au point de vue du progrès de la jurisprudence générale du Conseil et de l'extension de la notion de grief, l'arrêt est, au contraire, très explicite et constitue « un exemple éclatant de cette évolution » (Grélat, p. 743). Il suffit maintenant que la partie ait un intérêt évident, même s'il n'est pas actuel au sens étroit du mot. Vue sous cet angle, la recevabilité est étudiée point par point. Vue sous l'angle de l'instruction de service, elle est absolument implicite. D'un bout à l'autre, le Conseil s'en tient aux termes de la requête : lorsqu'après avoir examiné le fond, il statue sur lui, il annule non la circulaire, mais « la décision contenue dans la circulaire ».

M. Grélat n'a peut-être pas assez mis en lumière cette distinction qui, dans notre arrêt, s'impose entre ce qui ressort à la notion générale du grief, de l'intérêt exigé pour que le recours soit recevable et ce qui ressort à la nature particulière de l'instruction de service, acte présumé préparatoire, mais pouvant, en certains cas, apparaître décisoire. M. Grélat écrit notamment : « Et voilà une seconde consécration jurisprudentielle positive de la théorie du grief : une circulaire annulée par la voie de recours pour excès de pouvoir, comme portant illégalement atteinte à des droits » (Thèse, p. 743). Ce n'est point la circulaire qui est annulée, mais la décision qui y est contenue. L'observation présente de l'intérêt, si l'on compare l'arrêt Thibaut avec d'autres qui seront étudiés plus

loin et dans lesquels ce sera bien cette fois l'instruction de service en elle-même et comme telle qui subira annulation.

2^o Le vrai type de la solution implicite, suivant laquelle le Conseil d'Etat admet, sans la discuter, la recevabilité du recours, en s'en tenant aux termes de la requête, nous est fourni par l'arrêt Fedel et autres, du 22 juillet 1910 (*Recueil*, p. 620). Voici la requête :

« Plaise au Conseil annuler une *circulaire constituant décision*, par laquelle le Ministre de l'Instruction publique a chargé les professeurs de l'enseignement secondaire de la surveillance des récréations d'interclasse. »

On discerne la préoccupation qui anime les requérants d'écarter la fin de non-recevoir qu'ils appréhendent, tirée de ce que l'acte attaqué n'est qu'une instruction et « ne constitue pas décision » ; ils soutiennent que la circulaire qu'ils défèrent « constitue décision ». Or, le Conseil d'Etat, sans aller plus loin, admet implicitement leur affirmation et procède immédiatement à l'examen du fond, sur lequel, d'ailleurs, les requérants échouent.

* * *

Nous voudrions incidemment attirer l'attention sur ce fait que les deux arrêts précédents correspondent à une situation bien définie. Il ne s'agit pas d'une instruction de service quelconque, c'est-à-dire de tout acte adressé par un supérieur à ses inférieurs pour les guider dans l'exercice de leurs fonctions —

acte qui serait déféré au Conseil d'Etat par un requérant quelconque — lequel s'estimerait lésé dans un intérêt quelconque, mais évident. Thibaut, de même que Fedel et autres, l'un sous-officier commis-greffier de la Justice militaire, les autres professeurs de l'enseignement secondaire, sont des fonctionnaires, et nous considérons les fonctionnaires comme une classe particulière de citoyens, incorporés à l'institution administrative. L'intérêt qu'ils prétendent avoir à l'annulation de l'acte n'est point quelconque, mais issu de la fonction même. Il est basé, pour Thibaut, sur « les droits qu'un fonctionnaire, entré dans une carrière déterminée et appartenant aux cadres d'une administration, peut avoir à son futur avancement » (Hauriou, *D. A.*, 10^e édit., p. 451, en note). Il est basé, pour Fedel et autres, sur le droit des fonctionnaires à rester dans la ligne de leur fonction, telle qu'elle est tracée par les lois et règlements. Enfin, les actes attaqués par Thibaut, comme par Fedel et autres, ne sont point des instructions particulières, par lesquelles le supérieur prescrirait à l'inférieur la conduite à tenir ou la décision à prendre, à l'occasion d'une difficulté également particulière et spéciale à l'espèce (Société des Docks de Bourgogne et de la Côte-d'Or, Heilmann et autres, Bazenant-Delpon). Ce sont, au contraire, des instructions disposant par voie générale, adressées par le Ministre à toute une classe de fonctionnaires inférieurs; ce sont des circulaires. Retenons, pour la retrouver plus loin, cette situation précise à l'occasion de laquelle nos arrêts Thibaut et Fedel sont rendus.

CHAPITRE V

Un arrêt de transition : l'arrêt Rossi (3 février 1911)

Etant arrivés à ce point, où nous voyons le Conseil d'Etat admettre implicitement :

1^o Que l'instruction de service contient ou constitue décision, ainsi que les requérants l'affirment;

2^o Que cette décision, mais elle seule, peut faire l'objet du pourvoi,

que va-t-il nous manquer désormais pour que le Conseil d'Etat consente à voir, dans l'instruction de service en elle-même et comme telle, un acte susceptible de recours en annulation? Simplement ceci: que le Conseil reçoive le recours de la même façon, c'est-à-dire implicitement, mais à la suite d'une requête où, se départant de leur prudence habituelle, les intéressés auraient attaqué non pas « une décision », mais franchement et ouvertement l'instruction de service elle-même, sans rien spécifier de plus. Somme toute, il suffit de supprimer, par exemple dans la requête de Fedel et autres, deux petits mots (« constituant décision ») et l'arrêt Fedel devient un arrêt-type manifestant un revirement jurisprudentiel: le Conseil d'Etat admet désormais, purement et simplement, la recevabilité du recours dirigé contre

l'instruction, sans même discuter cette recevabilité, sans même se demander, dans le silence des requérants, si l'acte attaqué constitue ou non décision. Ce que l'arrêt Fedel n'a pas été en 1910, un arrêt de principe, un autre arrêt, Fabre, du 24 novembre 1916, semblera l'être plus tard (infra, p. 127).

Mais, comme pour démontrer une fois de plus combien le Conseil d'Etat procède par étapes prudentes, la jurisprudence n'a pas opéré d'un seul coup cette transformation. Un arrêt de transition est intervenu en 1911, et la doctrine elle-même, si réfractaire qu'elle fût à la recevabilité du pourvoi formé contre l'instruction de service, n'a pas pu ne pas reconnaître qu'elle était en présence de quelque chose de nouveau. Nous faisons allusion à l'arrêt Rossi, du 3 février 1911 (S. 1913. 3. 94). Nous voudrions déterminer dans quelle mesure il apporte réellement un élément nouveau, et justifier notre affirmation qu'il est une transition entre deux étapes de la jurisprudence spéciale de l'instruction de service : 1^o étape de l'admission implicite du recours, en tant qu'il vise la « décision contenue dans » ou « constituée par » cette instruction ; 2^o étape de l'admission implicite du recours formé contre l'instruction envisagée en elle-même et comme telle.

•

Rossi, sous-agent du Commissariat des troupes coloniales, déférait au Conseil d'Etat, pour excès de pouvoir, une instruction du Ministre de la Guerre du 13 juin 1908. L'article 5 de cette instruction

disposait que le personnel du corps dont il faisait partie devrait être soumis aux dispositions concernant les agents *civils* et contenues dans un décret de 1897. Mais une loi de 1900 avait rattaché les troupes coloniales au Ministère de la Guerre. Rossi soutenait que cette loi avait modifié le caractère des divers fonctionnaires rattachés à ces troupes, et prétendait en conséquence devoir être considéré, au point de vue de ses frais de route, comme un fonctionnaire du cadre *militaire*, contrairement à l'article 5 de l'instruction attaquée.

Ici, avant de résoudre la difficulté de fond relative au classement des sous-agents comme agents civils, le Conseil tient à se prononcer sur la recevabilité. Il est une raison pour que, cette fois, il ne reçoive pas le pourvoi implicitement; c'est que Rossi a déféré au Conseil d'Etat une « instruction ministérielle, en tant que cette instruction dispose ». L'admission implicite de la recevabilité eût abouti, nous l'avons vu, à reconnaître qu'en principe l'instruction de service en elle-même est susceptible de recours. Le Conseil n'en est point là. Il se réserve donc d'examiner en détail si le pourvoi est recevable, et il conclut qu'il l'est. En quels termes? A la faveur d'une distinction dont nous avons cité plusieurs exemples plus haut (1): le même acte, bien que présentant d'un bout à l'autre l'aspect extérieur d'instructions, est, en réalité, double: pour une part, il est

(1) Heilmann et autres (supra, p. 101), Société des Docks de Bourgogne (supra, p. 104).

instruction de service et, pour une autre part, il est décision :

« Considérant que, par la circulaire en date du 13 juin 1908, le Ministre de la Guerre ne s'est pas borné à donner des *instructions* pour l'application du décret..., mais qu'il a, en outre, fait connaître des *décisions* prises par lui sur un certain nombre de points; qu'au nombre de ces décisions figure celle en vertu de laquelle les agents de la catégorie à laquelle appartient le sieur Rossi resteraient soumis, au point de vue frais de route, aux dispositions du décret du 3 juillet 1897, concernant les employés et agents civils... »

Non seulement le Conseil affirme que la circulaire contient décision, mais il démontre de plus que cette décision est susceptible de faire grief; il répond par là directement au Ministre de la Guerre, qui avait opposé au pourvoi l'argument suivant : l'instruction attaquée ne peut faire l'objet d'un recours, n'ayant lésé aucun droit acquis du requérant et n'ayant causé à ce dernier aucun préjudice actuel :

« Considérant que le sieur Rossi prétend qu'il doit être considéré, pour les frais de route, comme un fonctionnaire du cadre militaire; que, si cette prétention était reconnue fondée, la *décision du Ministre, contenue dans l'instruction* du 13 juin 1908, lui ferait grief — que, par suite, sa requête est recevable. »

D'ailleurs, après avoir ainsi reçu le pourvoi en la forme, le Conseil d'Etat le rejette au fond, parce que « la loi de 1900 n'a eu ni pour but ni pour effet de

modifier le caractère civil ou militaire des fonctionnaires...», et il conclut finalement que :

« *Par la décision* dont le sieur Rossi demande l'annulation, le Ministre a fait, en ce qui touche les frais de route, une exacte application des dispositions réglementaires... »

Si l'on se souvient des termes de l'arrêt Thibaut, statuant sur le fond : « La décision contenue dans la circulaire... est annulée », on constate qu'il n'y a point, en ce sens, progrès du Conseil, qui n'admet toujours que la décision au recours pour excès de pouvoir, et qui repousse même le pourvoi au fond, alors qu'en 1906 il donnait au requérant gain de cause.

De ce point de vue il n'y a évidemment rien de nouveau dans notre arrêt et nous ne pouvons souscrire au commentaire qu'en fait au *Sirey* (1913. 3. 94) une note non signée, que nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer au sujet de l'arrêt Gabrielli (supra. p. 106). « Ici (arrêt Rossi), le Conseil d'Etat est allé plus loin : il admet la recevabilité d'un recours contre une circulaire ministérielle, en dehors de tout acte d'application de cette circulaire, alors qu'elle contenait des décisions de nature à faire grief à un subordonné du Ministre. » Or, il y a longtemps que le Conseil « est allé plus loin » et qu'il a reçu le pourvoi, en dehors de tout acte d'application de l'instruction et parce qu'elle contenait des décisions faisant grief. Nous avons montré que l'arrêt de 1890 (*Cie Chemins de fer P.-L.-M.*) et l'arrêt de 1901 (*Société des Docks de Bourgogne*), s'écartaient, en réalité, de la jurisprudence ancienne. Dans l'arrêt Gabrielli, de 1903, le

Conseil d'Etat ne recevait le recours, nous le savons, qu'en tant qu'il visait la décision extraite de l'instruction, « en dehors de tout acte d'application ». De même, dans l'arrêt de 1906 (Thibaut) et l'arrêt de 1910 (Fedel et autres), la solution était même implicite dans ces deux derniers arrêts. L'arrêt Rossi constituerait donc plutôt un recul à ce point de vue, puisque le Conseil d'Etat a estimé nécessaire d'exposer et de justifier longuement pourquoi il recevait le recours.

* * *

M. Jèze consacre à cet arrêt plusieurs pages dans la *Revue de Droit public*, de 1911 (t. II, p. 684 et suiv.), pour démontrer qu'il cadre avec sa théorie sur la nature et le régime juridique des instructions de service.

Voici son argumentation : ayant posé en principe, en 1906 (supra, p. 14), que contre l'instruction de service on ne peut former directement de recours pour excès de pouvoir, M. Jèze n'a pu laisser passer la requête singulièrement nette de Rossi : « Plaise annuler... une instruction ministérielle, en tant que cette instruction dispose... ». Il s'est empressé de jeter les bases d'une conciliation avec sa doctrine, à la faveur d'une étude, symétrique à celle de 1906, mais portant sur la nature juridique des circulaires ministérielles. Autrement dit, il a distingué, d'une façon assez inattendue, entre la circulaire et l'instruction de service, au point de vue de leur nature juridique. La circulaire, dit-il en substance, peut revêtir le caractère ou d'un règlement proprement

dit, ou d'une instruction de service. Quand est-elle règlement, quand est-elle instruction, étant établi que la qualification donnée par l'auteur de l'acte n'importe pas? Evidemment, lorsqu'elle porte sur une matière pour laquelle le Ministre n'a pas le pouvoir réglementaire, elle ne saurait constituer un règlement. Mais la question prend tout son amplitude quand le Ministre possède, au contraire, ce pouvoir. Il faut alors répondre que, si le Ministre statue sur un point nouveau, prescrit une règle nouvelle, manifestement il y a règlement et non instruction de service. S'il ne fait que reproduire, en les interprétant, les dispositions de la loi ou du règlement, il y a instruction.

Ceci posé, M. Jèze prend l'arrêt Rossi à titre de démonstration et se sert très habilement de ses termes pour étayer la distinction précédente. Le Conseil d'Etat, prétend-il, s'est prononcé dans cet arrêt en s'attachant au fait que la circulaire statuait sur une question nouvelle non réglée par les lois et règlements et rentrant dans la compétence réglementaire du Ministre. Dès l'abord, nous remarquerons qu'à la lecture de l'arrêt, nous n'avons eu nullement l'impression que le Conseil se fût jamais aventuré dans cette voie; mais M. Jèze donne des preuves. Le Ministre, d'après lui, s'inspire de la même conception quand, ayant contesté la recevabilité du recours, il en conteste le bien-fondé: « Les agents civils du Commissariat, argue-t-il, ont été rattachés à l'armée coloniale sans qu'aucune modification ait été apportée à leur statut. D'ailleurs, la disposition

attaquée n'est que *l'application du principe posé* dans l'article 16 du décret constitutif de 1903 — et M. Jèze souligne cet argument du Ministre — d'après lequel la solde et les autres allocations à attribuer au personnel des agents civils sont déterminés par les *tarifs en vigueur* au Ministère des Colonies».

En somme, conclut M. Jèze, le point capital de la discussion était de voir si la circulaire attaquée statuait ou non sur un point nouveau. Après examen, le Conseil d'Etat a estimé que la circulaire ministérielle avait la nature juridique d'un règlement et non pas d'une instruction de service, attendu qu'elle statuait sur un point nouveau. M. Jèze trouve encore la preuve de ce qu'il avance dans le texte même de l'arrêt, énonçant que le Ministre ne s'était pas « borné à donner des instructions pour l'application du décret de 1903 », ce en quoi il n'aurait fait que reproduire, en les interprétant, des dispositions existant déjà, mais qu'il avait « en outre fait connaître des décisions prises par lui sur un certain nombre de points », ce qui constituait l'élément nouveau indispensable.

* * *

Or, d'une part, nous refusons de nous rallier à la théorie même de M. Jèze; d'autre part, en admettant que cette théorie pût répondre à la réalité, nous avons la conviction que le Conseil d'Etat ne s'est inspiré de rien de pareil en rendant l'arrêt Rossi :

a) Distinguer la nature juridique de la circulaire ministérielle de la nature juridique de l'instruction de service est inadmissible. La circulaire n'est, en

tout état de cause, qu'une instruction, mais adressée à toute une classe de fonctionnaires. C'est donc une instruction générale. Les Ministres emploient d'ailleurs indifféremment l'un ou l'autre mot. Dire que cette instruction, du fait qu'elle est générale, ressemble à un règlement, est tout à fait juste, puisque le règlement, selon la définition de M. Hauriou, est « une manifestation de volonté, sous forme de règle générale » (*D. A.*, 10^e édit., p. 65). Mais on ne peut, sans tomber dans le paradoxe, découvrir une différence de nature juridique là où il y a simplement deux manières de nommer le même acte : circulaire, instruction générale. Cet acte, dans tous les cas, ne peut « s'adresser directement qu'à des fonctionnaires, qu'à eux seuls... ordonner de faire... et ne peut ordonner aux administrés que de se laisser faire » (Grélat, p. 547).

Admettons cependant cette distinction. Le critérium proposé par M. Jèze peut-il alors nous satisfaire? Non pas. Car la question demeurera de savoir, en présence d'une circulaire, ce qu'elle est : instruction ou règlement. M. Jèze propose bien de distinguer si la circulaire statue ou non sur un point nouveau, mais nous ne sommes guère plus avancés. Lui-même s'en rend suffisamment compte pour écrire en 1911, après avoir affirmé que la circulaire n'est pas un règlement si elle ne fait que reproduire en les interprétant les dispositions de la loi ou des règlements :

« Naturellement, il est des cas où l'interprétation sera tellement importante que cela aboutira à formuler une règle nouvelle » (*Revue Dr. public*, 1911 p. 684 et suiv.).

A quelle donnée fixe obéir, dès lors ? A aucune. Et M. Jèze avoue, dans ses *Principes généraux de Droit administratif* : « Dans quels cas... l'instruction, la circulaire formulent-ils une règle de droit et ne se bornent-ils pas à présenter un commentaire officiel d'une règle préexistante : il y a là une question de fait à examiner pour chaque cas » (*Principes*, 1914, p. 22).

Le critérium est donc singulièrement fuyant. Mais il y a plus : en lui-même, il n'a peut-être pas de signification sérieuse. Il se ramène, en effet, à distinguer ce qui est nouveau de ce qui ne l'est pas, ce qui est nouveau pouvant seul faire l'objet du recours pour excès de pouvoir. Mais si une circulaire n'ajoutait rien à la loi ou au règlement qu'elle interprète, qui pourrait avoir intérêt à l'attaquer ? Pour qu'il y ait décision exécutoire, écrit M. Hauriou, « il faut un *aliquid novi* : de là le principe que les décisions simplement confirmatives de décisions antérieures ne contiennent aucune prétention de droit nouvelle et ne sont pas susceptibles de recours » (*D. A.*, 10^e édit., p. 400 et suiv.).

La « prétention de droit nouvelle », ainsi s'exprime M. Hauriou, en dehors de toute étude spéciale de tel ou tel acte : c'est une condition générale et *sine qua non* du recours en annulation. M. Jèze n'explique rien en s'attachant à ce critérium de la règle de droit nouvelle ou du point nouveau, car la question que nous étudions, dans la première partie de cette thèse, est précisément celle-ci : le Conseil d'Etat admet-il que l'instruction de service soit susceptible de con-

tenir une règle de droit nouvelle, d'émettre une prétention de droit également nouvelle? Avec le critérium de M. Jèze nous nous retrouvons, somme toute, à notre point de départ.

b) Supposons un instant que la théorie de cet auteur soit douée de la valeur juridique et pratique que nous lui refusons. Il n'en resterait pas moins que le Conseil d'Etat n'a nullement eu l'intention, dans l'arrêt Rossi, de distinguer entre ce que la circulaire du Ministre contenait de nouveau et ce en quoi elle s'en tenait au décret de 1903. De tous les arrêts précédents issus de la même tendance jurisprudentielle, il résulte avec évidence que le Conseil, une fois encore, a opéré la séparation entre ce qui apparaît préparatoire et ce qui apparaît décisoire dans un même acte, appelant instructions l'un et décisions l'autre. Il est absolument artificiel de traduire ici « décisions » par : « règlement de questions nouvelles » et de l'opposer à « instructions » traduites par : « interprétation de règles préexistantes ». Ce n'est pas encore par ce côté que l'arrêt Rossi mérite une place à part dans notre étude.

* * *

Par quoi donc? Nous y avons fait allusion déjà dans ce qui précède. Pour la première fois peut-être, le requérant attaque l'instruction elle-même, non « une décision » ou qualifiée telle, non une « décision contenue dans une instruction ». Sans doute, le Conseil prend soin de faire ce que n'a pas fait le requérant et il s'attache à dégager « des décisions »

qu'il puisse admettre au recours. Sans doute aussi on peut être tenté de considérer ces légères différences dans les termes des requêtes comme des détails de procédure sans importance. Nous croyons qu'on ferait fausse route : les requérants sont prévenus par la voie de leurs avocats des termes les plus propices à l'admission de la recevabilité. Maintenant que la formule pure et simple : « annuler une instruction » vient d'être employée une fois et, somme toute, avec succès, d'autres requérants vont imiter Rossi, et c'est alors qu'il va devenir particulièrement intéressant de scruter les arrêts correspondants. Lorsque la requête est ainsi libellée, le Conseil d'Etat, nous l'avons dit, ne peut plus se dispenser de discuter la recevabilité sans avouer, par là, implicitement, que c'est l'instruction de service elle-même qu'il reconnaît susceptible de recours. On peut donc admettre qu'arrivée à ce point, l'évolution sera terminée : l'instruction de service aura conquis le droit de cité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

C'est à découvrir ce terme et cet aboutissement que va tendre notre recherche au cours des chapitres ultérieurs.

SECTION II

LA RECEVABILITÉ ADMISE PUREMENT ET SIMPLEMENT. — DANS QUELLES CONDITIONS ET DANS QUELLE MESURE ?

CHAPITRE PREMIER

Un arrêt de principe : l'arrêt Fabre (24 novembre 1916) Arrêts analogues qui l'ont précédé et suivi

Le 10 janvier 1915, le Ministre de la Guerre prend une circulaire en vue de l'application du décret du 26 août 1914, portant création d'une indemnité pour charges de famille. Ayant énuméré les enfants auxquels le chef de famille peut devoir des aliments d'après les dispositions du Code civil, le Ministre spécifie : « Il ne s'agit d'ailleurs bien entendu que de ses enfants... non les enfants qui ne sont pas les siens. par exemple les beaux-fils et belles-filles » (*J. O.*, 17 janvier 1915).

Un sous-intendant militaire, Fabre, qui avait à sa charge les enfants du premier lit de sa femme et à qui la circulaire précédente, par suite de l'interprétation qu'elle donnait du décret de 1914, refusait tout droit à l'indemnité, défère directement au Conseil

d'Etat, à l'exemple de Rossi en 1911, l'instruction générale qui lui causait un évident grief: « Plaise au Conseil annuler pour excès de pouvoir une instruction de 1915, par laquelle le Ministre de la Guerre a réglé les conditions de l'allocation..., ladite instruction dispose que les beaux-fils et belles-filles nedoivent pas être rangés au nombre des enfants qui sont légalement à la charge du chef de famille .. une telle interprétation est contraire aux dispositions législatives et réglementaires ».

Le Conseil d'Etat va-t-il corriger cette requête pour admettre sa recevabilité, observer que le Ministre ne s'est pas borné à donner des instructions, mais a, en outre, fait connaître des décisions « prises par lui sur un certain nombre de points »? Nullement. Il ne se demande même plus si le recours est recevable. Il procède de prime abord à l'examen du fond. Va-t-il au moins, dans les termes de son arrêt sur le fond, voiler pour ainsi dire le fait qu'une instruction de service lui est déférée, en gardant sur ce point un prudent silence? Pas davantage.

« Considérant que, *pour demander l'annulation de l'instruction* ministérielle attaquée, le sieur Fabre se fonde sur ce que... » mais, décide d'ailleurs le Conseil au fond, le Ministre, « en donnant *l'instruction attaquée*, n'a pas excédé ses pouvoirs » (Fabre, 24 novembre 1916, *Recueil*, p. 479).

Cet arrêt Fabre est considéré généralement comme un arrêt de principe, à la suite duquel on peut admettre que le Conseil d'Etat accorde désormais à l'instruction de service le droit de cité, en recevant

sans restriction le recours formé directement contre elle.

Sans le contester, nous ferons remarquer qu'entre l'arrêt Rossi et lui se placent au moins deux arrêts à qui il manque sans doute bien peu d'éléments pour qu'ils présentent la même valeur. Ce sont les arrêts du 4 août 1913, Desplas (*Recueil*, p. 969) et du 30 juillet 1915, Boitel (*Recueil*, p. 255).

a) Desplas, instituteur public, élu maire d'une commune dans le département où il exerçait ses fonctions, demande au Conseil l'annulation d'une circulaire qui lui a été notifiée. Par cette instruction générale, le Ministre de l'Instruction publique prescrivait aux préfets de mettre en demeure ceux des instituteurs publics qui auraient été élus maires dans des communes autres que celles où ils exerçaient, d'opter entre ce mandat et leur service d'enseignement. Selon le requérant, la circulaire qu'il attaquait interprétait mal la loi du 30 octobre 1884, qui n'aurait visé que les fonctions électives rémunérées.

Le Conseil d'Etat lui répond que la disposition de la loi avait, au contraire, un caractère général, et que, par conséquent, « par sa circulaire, le Ministre a fait une exacte application de la loi précitée ». Autrement dit, absolument comme dans l'arrêt Fabre trois ans plus tard, le Conseil statue immédiatement au fond sans se demander si un recours, dirigé directement contre une instruction ministérielle, peut être recevable.

Seul, un détail particulier, signalé dans la requête, vient atténuer la portée de cette arrêt : la circulaire

du Ministre de l'Instruction publique avait été notifiée par le préfet à l'instituteur. Or, nous savons qu'à l'occasion de maintes espèces, le Conseil d'Etat a attribué au fait de notification une valeur tantôt principale et déterminante, tantôt simplement accessoire. On peut, par exemple, supposer ici, pour reprendre les termes de l'arrêt Heugas (*supra*, p. 70), que le préfet, en notifiant la circulaire à l'intéressé, « a fait siennes les prescriptions qu'elle contenait ». Mais le Conseil restant muet sur la recevabilité, c'est là une supposition toute gratuite. Le fait seul, pourtant, que l'on puisse la faire, nous empêche d'attacher à l'arrêt Desplas l'importance de l'arrêt Fabre.

b) Boitel était un soldat affecté primitivement au service auxiliaire et qui, après avoir été soumis à un nouvel examen pratique, s'était vu versé dans le service armé. Il requiert l'annulation « des actes en vertu desquels il a été soumis une seconde fois à l'examen ». En effet, argumentait-il, après deux décisions successives de la commission de réforme, sa situation militaire se trouvait définitivement réglée par son maintien dans le service auxiliaire : « Néanmoins, appelé devant la commission spéciale de trois médecins, organisée par la circulaire du 14 novembre 1914, il a été reconnu bon pour le service armé ». Et il ajoute que « c'est par une interprétation abusive de la circulaire précitée », qui, selon lui, ne pouvait s'appliquer qu'aux auxiliaires maintenus dans les dépôts sur simple avis des médecins de ces dépôts, et non à ceux l'ayant été par décision d'une commission de réforme.

Nous entrons dans ces détails un peu fastidieux, parce qu'il est nécessaire de bien poser le sujet, une confusion assez curieuse s'étant produite dans la rédaction de l'arrêt. Il nous paraît évident que Boitel attaquait uniquement « l'interprétation abusive de la circulaire » de 1914, c'est-à-dire somme toute un acte d'application, mais nullement la circulaire elle-même. Or, le Conseil opte, au contraire, pour cette seconde version. Boitel parlait encore, dans sa requête, « du caractère erroné de cette interprétation, *laquelle n'a pas d'ailleurs été suivie dans toutes les régions de corps d'armée* », ce qui prouve que la circulaire en elle-même était hors de cause. Le Conseil d'Etat n'en déclare pas moins que « le sieur Boitel est mal fondé dans ses *conclusions à fin d'annulation des instructions* données par le Ministre », et de tous actes « en vertu desquels le requérant a été présenté à une commission spéciale de réforme ».

Quoi qu'il en soit, il est remarquable que le Conseil d'Etat, en présence d'un recours qu'à tort ou à raison il considérait comme dirigé contre des instructions de service, n'ait pas eu un instant l'idée d'opposer l'irrecevabilité, ou ne se soit pas, au moins, efforcé de dégager des instructions une décision contre laquelle le pourvoi fût recevable. C'est en ce sens que l'arrêt Boitel est singulièrement significatif et manifeste évidemment une conception nouvelle de de la jurisprudence. Si, par suite de la confusion qui apparaît dans son texte et qui obscurcit l'ensemble de la question, il est impossible de fonder sur lui un principe ferme, il n'en constitue pas moins,

quelques mois avant l'arrêt Fabre, une indication précieuse qui fait prévoir celui-ci.

* * *

Nous venons de parler d'un principe ferme, en sous-entendant qu'il faut attendre notre arrêt Fabre de 1916 pour le voir poser. Il nous incombe donc de découvrir et de commenter, dans les années qui suivent 1916, d'autres décisions jurisprudentielles qui confirmeront le principe posé. Nous réfuterons par là les auteurs tentés de prétendre que l'arrêt Fabre n'est qu'une éclatante exception, dans la jurisprudence de l'annulation de l'instruction de service, telle par exemple que le fameux arrêt Gaunard, dans la jurisprudence de sa violation (voir 2^e partie).

1^o En 1918, un lieutenant d'infanterie coloniale demande au Conseil d'annuler, « pour excès de pouvoir, l'article 4 de l'instruction ministérielle du 30 juin 1913 », auquel il reprochait son caractère inopiné. Une question d'avantages de carrière était en jeu, car l'article 4 édictait l'exclusion, pour les propositions d'avancement au choix, des officiers appelés à être dans l'année normalement promus à l'ancienneté. Le Ministre de la Guerre faisait observer que l'instruction de 1913 n'avait nullement présenté un caractère inopiné, et que le requérant était mal fondé à l'attaquer pour ce motif. C'était, comme on le voit, un moyen de défense au fond.

Le Conseil d'Etat s'y rallie pleinement et, sans concevoir une minute que la question de recevabi-

lité puisse faire l'objet d'un doute, il rejette le pourvoi au fond. C'est l'arrêt Legrand, du 27 décembre 1918 (*Recueil*, p. 1161).

2^o En 1919, un pharmacien auxiliaire au groupe de brancardiers divisionnaires défère à la fois au Conseil d'Etat une circulaire ministérielle et l'acte individuel pris en exécution de cette instruction générale. Aux termes de l'ancienne jurisprudence (cf. Carsault, 10 décembre 1909, *Recueil*, p. 979), la requête eût été recevable en tant qu'elle s'attaquait à l'acte d'exécution, irrecevable en tant qu'elle visait la circulaire. Le Conseil d'Etat n'opère pas cette distinction, ne discute pas la recevabilité, mais statue de prime abord au fond sur les deux points de la requête. C'est l'arrêt Record, du 21 février 1919 (*Recueil*, p. 171).

Record avait été nommé par le général commandant en chef au grade de pharmacien aide-major de 2^e classe à titre temporaire. Le Ministre n'avait pas ratifié sa nomination. De plus, il venait de refuser à Record l'exonération du reversement d'une partie des sommes par lui perçues à la suite de sa nomination non ratifiée. En conséquence, l'intéressé demande au Conseil d'Etat d'annuler :

1^o Une décision, en date du 13 septembre 1915, par laquelle le Ministre de la Guerre a refusé d'exonérer le requérant...

2^o Une circulaire ministérielle, en date du 21 novembre 1914, laquelle dispose que, seuls, les officiers nommés à titre temporaire, dont la nomination a été ratifiée par le Ministre, ont droit à la solde et aux indemnités afférentes au grade auquel ils ont

été nommés. Record insistait encore en ajoutant que la décision et la circulaire violaient toutes deux un principe d'équité et devaient « en conséquence être annulées ».

Le Conseil d'Etat considère que « la circulaire s'est bornée à faire une exacte application des règles » et que le requérant n'est donc « pas fondé à critiquer l'ordre de reversement ». Finalement, sont rejetées « les conclusions du sieur Record, *tendant à l'annulation des dispositions de l'instruction ministérielle*, ainsi que de la décision du Ministre ».

3^o Plus proche de nous encore et plus complexe, est un arrêt qui fit quelque bruit, parce qu'en dehors de la question spéciale que nous étudions, il touchait à celle du pouvoir discrétionnaire du chef de service dans la ligne de la fonction. C'est l'arrêt du 17 février 1922, Association professionnelle de la Préfecture de police (commentée par M. Jèze, dans *la Revue de Droit public*, 1922, p. 245 et suiv.).

Le 12 mai 1919, le préfet de police fait paraître une note de service, ainsi conçue : « Tout fonctionnaire dont la femme désire exercer un commerce ou une profession quelconque est tenu d'adresser une demande spéciale au préfet. Cette demande ne pourra être favorablement accueillie que si la profession ou le commerce est compatible avec la situation du mari et si la responsabilité de celui-ci ne peut s'y trouver engagée ». L'Association professionnelle de la Préfecture de police défère cette note au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir.

Au point de vue du fond, il s'agissait de savoir

si en apportant, comme le dit le commissaire du Gouvernement, M. Corneille, « une exception formelle et grave au principe de la liberté du choix de la profession, corollaire du principe de la liberté du commerce », le préfet de police n'avait pas excédé ses pouvoirs « de chef hiérarchique des agents et non des femmes des agents ». Mais une question de recevabilité était parfaitement susceptible aussi de se poser, puisqu'on était, somme toute, en présence d'une instruction de service. On pouvait soutenir que les requérants devaient attendre, pour se pourvoir, les actes ultérieurs qui interviendraient à leur égard en exécution de cette instruction. On notera que dans l'espèce, où de toute évidence il y avait une décision ferme, portant atteinte à un intérêt incontestable, cette fin de non-recevoir eût été d'une injustice parfaite. D'ailleurs le Conseil d'Etat, qui pourtant veut débouter les requérants, ne se retranche point derrière elle. Sans se demander si le recours est recevable, il examine le fond, et il décide que le préfet « a agi dans la limite des pouvoirs qui lui appartiennent, pour le bon fonctionnement des services de la police dont il a la charge ».

* * *

Par conséquent, l'arrêt Fabre, ainsi confirmé par les arrêts subséquents, ne peut faire figure d'une exception sans lendemain.

C'est un fait acquis depuis 1916 que le Conseil ne se refuse plus à admettre le recours dirigé contre une instruction de service. Il ne cherche plus de détour

qui lui permette de le faire indirectement. Il ne spécifie plus qu'il reçoit seulement le pourvoi en tant qu'il vise une décision contenue dans l'instruction.

Ou du moins, pour ne pas dépasser notre pensée, cette admission pure et simple de la recevabilité serait un fait acquis, *si nous généralisons* la tendance jurisprudentielle manifestée dans Fabre, dans Legrand, dans Record, dans Association professionnelle de la Préfecture de police.

* * *

Or, il est temps de se poser la question essentielle de cette première partie : faut-il généraliser, faut-il affirmer d'une façon absolue que l'évolution dont nous avons marqué quelques étapes est terminée ? Faut-il souscrire à cette assertion du commissaire du Gouvernement Rivet, dans les conclusions qui précédaient un arrêt ultérieur à ceux que nous avons analysés : « Si... la Chambre syndicale s'était pourvue contre l'instruction, son recours — *votre jurisprudence admettant, depuis l'arrêt Fabre, les pourvois formés contre les instructions ministérielles* — eût été considéré à coup sûr comme recevable » (1).

Est-il bien vrai que le Conseil d'Etat reçoive désormais le recours « à coup sûr », indépendamment de la qualité des requérants et du caractère de l'instruction ministérielle attaquée ?

(1) Chambre syndicale des Fabricants d'Eaux gazeuses, 24 mars 1922. Cité dans la *Revue de Droit public* de 1922, p. 247 et suiv.

Au vu de la jurisprudence, nous sommes, au contraire, amenés aux constatations suivantes :

1^o Les solutions données dans l'arrêt Fabre et dans les arrêts analogues supposent réunies deux conditions solidaires :

L'acte attaqué est une instruction générale, qui ressemble à un règlement ;

Le requérant est un fonctionnaire, membre de l'institution administrative, et non un particulier, simple tiers vis-à-vis de l'Administration.

2^o En l'absence de ces deux conditions, ou de l'une d'elles,

quand une instruction particulière est déférée par un requérant quelconque, simple tiers ou fonctionnaire ;

quand une instruction générale est déférée par un simple tiers,

la recevabilité n'est plus admise ou ne l'est qu'à la faveur d'un détour.

3^o Même dans le cas où nos deux conditions solidaires sont réunies, la recevabilité peut n'être pas admise. Mais cette solution est en contradiction formelle avec celle que donne l'arrêt Fabre et les arrêts analogues. Si bien que l'existence s'affirme ici de deux courants jurisprudentiels distincts.

Chacune de ces constatations a faire l'objet d'un chapitre différent dans le développement qui suit.

CHAPITRE II

Les solutions jurisprudentielles, données dans l'arrêt Fabre et dans les arrêts analogues, supposent réunies deux conditions solidaires.

En analysant, au cours de la première section, deux arrêts qui admettaient implicitement le recours dirigé contre « une décision contenue dans une circulaire » ou contre « une circulaire constituant décision » (1), nous notions la situation bien définie dans laquelle ces deux solutions jurisprudentielles étaient intervenues. Il ne s'agissait pas, écrivions-nous, d'une instruction de service quelconque attaquée par un requérant quelconque : un sous-officier de carrière, des professeurs, c'est-à-dire, dans les deux cas, des fonctionnaires, déféraient au Conseil, en s'abritant derrière la qualification de décision, des instructions générales adressées par des ministres à toute une classe de subordonnés. Développons davantage une idée que nous n'avons fait qu'esquisser, en la revoyant à la lumière des arrêts rendus sur requêtes dans lesquelles, plus hardis que précédemment, les inté-

(1) L'arrêt Thibaut, de 1906, et l'arrêt Fedel et autres, de 1910. Voir supra, p. 112 et 113.

ressés avaient attaqué l'instruction de service directement et en elle-même.

Prenons l'arrêt Rossi. Il s'agit, ici encore, d'un fonctionnaire public, sous-agent du Commissariat des troupes coloniales. Il s'estime lésé par un acte émanant du Ministre de la Guerre et disposant par voie générale, en vue de *régler* certains points sur lesquels la loi et les règlements ne s'étaient pas prononcés formellement.

Dans l'arrêt Desplas, de 1913, le requérant est un instituteur public. Il prétend qu'un acte du Ministre de l'Instruction publique, adressé aux préfets, et disposant par voie générale à l'égard de tous les instituteurs qui viendraient à se trouver dans une situation bien déterminée, interprète faussement la loi à son détriment.

L'arrêt Boitel, de 1915, est, nous l'avons vu, bien difficile à analyser, mais il en ressort cependant que le Conseil d'Etat admet « des conclusions à fin d'annulation » d'instructions de service. Or, il s'agit ici d'une circulaire par laquelle le Ministre, ainsi que l'en chargeait un décret antérieur, a *déterminé, réglé* d'une manière générale les conditions dans lesquelles les hommes du service auxiliaire pourront à l'avenir être soumis à l'examen d'une commission de réforme.

Le requérant n'est pas un simple administré étranger à l'Administration. Il n'est peut-être pas absolument, comme le veulent MM. Duguît et Jèze, un fonctionnaire public, en ce sens qu'on ne peut pas dire qu'un soldat, qui accomplit son service militaire, appartienne aux cadres réguliers d'une adminis-

tration publique ou soit titulaire d'un emploi public. Mais il n'en fait pas moins, pendant toute la durée de l'obligation militaire, partie d'un service public essentiel, et comme tel il est incorporé à l'Administration, à titre temporaire.

En tout cas, la situation à laquelle correspond l'arrêt Fabre n'est pas douteuse. Fabre est un sous-intendant militaire, c'est-à-dire un fonctionnaire public, titulaire d'un emploi public, et il revendique à son profit les avantages pécuniaires afférents à sa fonction. Ces avantages ne sont pas menacés par un acte particulier du Ministre, invitant un subordonné à refuser au requérant une allocation pour les enfants du premier lit de sa femme, mais par une instruction disposant, par voie générale et autoritaire (1), en vue de l'application d'un décret antérieur, et *réglant*, ainsi que l'exprime la requête, les conditions de l'allocation pour tous les chefs de famille fonctionnaires.

De même Legrand est un lieutenant d'infanterie coloniale qui s'estime lésé dans ses avantages de carrière par une instruction générale, excluant de l'avancement au choix tous les officiers placés dans une certaine situation d'ancienneté.

Record est un officier du Service de santé qui attaque une circulaire, instruction générale, parce que, selon lui, elle viole, au détriment de sa situation pécuniaire, un principe d'équité.

(1) Article 1^{er}. — L'indemnité est due, etc. (*Journal officiel*, 17 janvier 1915.)

Enfin l'arrêt de 1922, Association professionnelle de la Préfecture de police, nous apporte des précisions extrêmement intéressantes, à la faveur des conclusions remarquables de M. Corneille. Ce dernier a fort bien vu que la note de service, attaquée par les agents publics incorporés à l'administration de la police, et non par des tiers étrangers qui n'auraient d'ailleurs vraisemblablement eu aucun intérêt au recours, était, de plus, empreinte d'un caractère général, et, pour employer le mot que tout ce développement appelle, réglementaire. Écoutons le commissaire du Gouvernement :

« Les deux derniers paragraphes de cette note de service, par leur caractère impératif, constituent une *addition au règlement* de la police parisienne. L'addition au règlement a été déférée, pour excès de pouvoir, par une des associations d'agents de la préfecture. » Et plus loin : « le préfet de police, quand il a, dans un premier paragraphe de sa prétendue note de service, que nous appelons un règlement, interdit... etc. », ou encore, « en subordonnant par *mesure générale, réglementaire*, en dehors de tout texte de loi ou de décret... l'autorisation spéciale du Code de commerce à sa propre appréciation, le préfet de police nous paraît dans l'espèce avoir excédé ses pouvoirs ». (*Revue de Droit public*, 1922, p. 245 et suiv.)

Sans doute le Conseil d'Etat, désireux de disculper le préfet de police, accusé de détournement de pouvoir, déclare que celui-ci « s'est proposé, non pas de faire un règlement de police... mais de rappeler, par

un ordre de service, etc.». Il n'en reste pas moins vrai que le caractère général et réglementaire de ce prétendu ordre de service a dû, pour une bonne part, décider le Conseil à admettre sans discussion la recevabilité du recours.

Ainsi, de l'arrêt Thibaut de 1906 à notre arrêt de 1922, nous nous sommes trouvé invariablement en présence d'une situation qui est la suivante : un Ministre ou même un préfet de police, très haut fonctionnaire d'ailleurs, prend une décision par voie générale, destinée à assurer la réalisation de la volonté administrative : il pourrait adopter la forme de l'arrêté qui comporte une formule, qui indique les textes en vertu desquels il est pris. Il ne le fait point, et parce que les questions qu'il veut régler sont toutes relatives à l'organisation du service et à « l'état » des fonctionnaires de ce service, à leurs avantages de carrière, pécuniaires et autres, il se contente de prendre une instruction générale, qu'il appelle le plus souvent circulaire, et qu'il adresse à ses subordonnés, chargés d'en assurer l'application vis-à-vis des fonctionnaires intéressés. L'un de ces fonctionnaires conteste la légalité de cette circulaire devant le Conseil d'Etat, afin de ne pas rester sous la menace d'un acte de caractère général, qu'il estime violer ses droits ou froisser l'un de ses intérêts légitimes.

On saisit, par conséquent, combien les deux conditions sont étroitement liées; l'instruction, qui a

trait au service et à la situation, non seulement fonctionnelle, mais personnelle des fonctionnaires, n'est générale et, pour ainsi dire, réglementaire que vis-à-vis de ces fonctionnaires; eux seuls, par suite, peuvent être recevables à déférer au Conseil d'Etat ce qu'on pourrait appeler ce règlement intérieur de l'institution administrative (cf. 2^e partie). La circulaire est faite pour eux ou tout au moins pour la fonction. Sans doute, dans des cas assez fréquents, elle peut avoir une répercussion sensible sur la situation des simples administrés et la modifier plus ou moins directement, mais ce n'est point là son but ni son rôle ordinaire.

Le statut des fonctionnaires, en effet, n'est pas, en général, déterminé par la loi, et l'on a pu dire que ces fonctionnaires constituaient une colonie à l'intérieur, soumise au régime du décret. Mais le décret n'est pas l'unique forme sous laquelle le Gouvernement fixe les conditions de leur appartenance à l'institution administrative. Les Ministres ne prennent point de décrets; cependant ils sont les chefs de la hiérarchie et, comme tels, ils règlent souverainement la situation des fonctionnaires. Ils le font par arrêtés ministériels, mais ils le font aussi par simples circulaires. S'il ne s'agissait, dans ces circulaires, que des obligations de service proprement dit, on ne voit pas effectivement la possibilité d'un recours juridictionnel en annulation de la part ni des tiers, ni même d'un fonctionnaire qui n'a pas à s'immiscer dans le contrôle du service. Mais les avantages de carrière, l'avancement, la retraite, les peines disciplinaires

comme les révocations sortent du domaine du service et touchent à la situation personnelle des fonctionnaires. Ceux-ci ne doivent pas pouvoir dépendre de l'arbitraire ministériel à ce point de vue. En fait, ils en dépendent, chaque fois que le Ministre prend, à ce sujet, une circulaire ou même un arrêté. Toutefois, il est admis qu'ils peuvent déférer l'arrêté au Conseil d'Etat.

Vont-ils donc être désarmés lorsque des mesures absolument identiques, de portée égale, seront prescrites, non plus par un arrêté, mais par une instruction générale, à laquelle en pratique les inférieurs hiérarchiques qui l'auront reçue se conformeront tout aussi strictement ? Si l'on note qu'à partir de 1903 une évolution se dessine en faveur des fonctionnaires dans la jurisprudence du Conseil d'Etat (1), on ne s'étonnera plus qu'en certains cas le haut tribunal se soit départi de la rigueur avec laquelle il repoussait autrefois le recours en annulation d'une instruction de service.

Le grief était, en vérité, tellement évident, les circulaires ressemblaient tant à des décisions réglementaires posant des règles générales, que le Conseil d'Etat était autorisé à recevoir le recours comme si les requérants lui avaient déféré un règlement véritable. Entre 1905 et 1922, nous n'en sommes plus à cette conception singulièrement étroite du grief, dont s'inspirait le commissaire du Gouvernement à

(1) Cf. *Alcindor contre Montsarrat* (supra, p. 48); cf. 2^e partie, titre II, section 2, ch. 1).

l'occasion de l'arrêt *Casse* et autres, en 1888 (1), lorsqu'il s'attachait à distinguer l'acte général et réglementaire, tel qu'un décret relatif à l'organisation d'un corps de troupes nouveau, et les actes individuels pris en exécution. Selon lui, ces derniers pouvaient seuls être déferés au Conseil d'Etat, parce qu'eux seuls lésaient directement des droits. M. Hauriou, assez strict cependant sur ce qui touche à la notion de grief, admet sans restriction que le règlement, manifestation de volonté, doit être traité comme une décision exécutoire; il n'est pas de même espèce que la décision particulière à l'affaire, mais tout comme elle, et avant elle, il produit un effet de droit.

(1) Cf. *supra*, p. 39.

CHAPITRE III

En l'absence des deux conditions ci-dessus ou de l'une d'elles, le Conseil d'Etat n'admet plus la recevabilité ou ne l'admet qu'à la faveur d'un détour.

Si le Conseil d'Etat ne reçoit le recours dirigé directement contre l'instruction de service que dans le cas où deux conditions, étroitement liées d'ailleurs l'une à l'autre, sont réunies, il apparaît *a priori* qu'il n'admettra pas la recevabilité du recours avec la même facilité, lorsqu'une seule de ces conditions fera défaut. Jusqu'à quel point cependant l'ancienne jurisprudence s'est-elle conservée ? Se présente-t-elle toujours avec sa rigueur première, fondée sur une présomption, ou apporte-t-elle au moins à cette rigueur les atténuations que nous avons énumérées précédemment ? C'est ce qu'il nous faut déterminer dans la mesure où les arrêts l'indiqueront.

1^o Voici d'abord un cas où des instructions *particulières* sont déférées au Conseil d'Etat par un *fonctionnaire public*.

L'inspecteur d'Académie du Var ordonne le maintien, à l'école publique de la commune de La Valette, des élèves venus de Toulon et de ceux de nationalité

italienne, alors que cette école devient insuffisante pour les enfants français originaires de la commune même. Cet ordre était donné sous forme d'instructions adressées par l'inspecteur d'Académie à l'inspecteur primaire de Toulon. Il n'en mettait pas moins en échec le droit qu'a le maire d'arrêter la liste des enfants admis aux écoles publiques. En conséquence, le maire de La Valette demande l'annulation des instructions précédentes. On pourrait s'attendre à ce que le Conseil d'Etat procédât à l'examen du fond sans se demander si le recours dirigé contre de simples instructions est recevable. Mais il ne s'agit, à vrai dire, ni d'instructions ministérielles, ni surtout d'instructions disposant par voie générale et ressemblant à un règlement. Aussi, le Conseil d'Etat statue sur la recevabilité et affirme formellement et explicitement qu'il ne reçoit le recours que parce qu'il est en présence d'une décision contenant prétention de droit. Il répond d'ailleurs par là au Ministre qui, sur la foi de l'ancienne présomption, avait déclaré le recours irrecevable, attendu que les instructions attaquées ne constituaient pas une décision proprement dite. L'arrêt est ainsi libellé :

« Sur la recevabilité : considérant que les instructions... déniaient au maire le droit d'exclure de cette école, en cours d'année, les élèves venus d'une commune voisine et les élèves d'origine italienne... qu'elles constituent donc une véritable décision ». (19 avril 1918, *Recueil*, p. 351 : Madon, maire de La Valette du Var.)

2^o Second cas : Des instructions *particulières* sont

déférées au Conseil d'Etat par-de *simples administrés* qui, vis-à-vis de l'Administration, sont des tiers.

Il serait bien étonnant que le haut tribunal accordât à des tiers ce qu'il n'a pas accordé à un maire, et admit, purement et simplement, la recevabilité de leur pourvoi. Effectivement, il met une insistance particulière à ne retenir que la décision proprement dite.

Des requérants, simples commerçants, demandent l'annulation d'une instruction par laquelle le Ministre des Colonies a approuvé une concession de phosphates domaniaux. Le Conseil commence par développer, dans le sens de sa propre conception, le terme employé dans la requête. Il statue sur les conclusions tendant à l'annulation, non pas, remarquons-le, de l'instruction, mais « *de la décision qui serait contenue dans l'instruction* ». Après cette mise au point, il estime d'ailleurs que le Ministre des Colonies « s'est borné à donner un avis favorable; que cet avis ne constitue pas une décision » (Hiti à Hiti et Téfaou, 11 juin 1920, *Recueil*, p. 573).

3^o Troisième cas : Des instructions *générales* sont déférées au Conseil d'Etat par un simple *administré*. La question devient plus complexe et des distinctions s'imposent.

a) D'abord, il est évident que si des circulaires règlent uniquement l'organisation du service et la situation personnelle des fonctionnaires, ce qui était le cas dans les espèces Thibaut, Fedel, Rossi, Fabre, Legrand, Record et *tutti quanti*, elles ne peuvent atteindre les tiers qu'indirectement, par une sorte

de répercussion : le recours dirigé directement contre la circulaire sera donc fort probablement irrecevable, et il sera même difficile de découvrir, dans l'acte attaqué, une décision à l'égard de ces tiers. C'est à cette hypothèse, du moins quant à l'organisation du service, que répond un arrêt Deloze, du 29 octobre 1920 (*Recueil*, p. 900). En substance, il énonce qu'un usager du service télégraphique n'est pas recevable à demander l'annulation d'une décision du Ministre des P. T. T. approuvant le recueil des mots composés qui peuvent être comptés pour un mot en matière télégraphique. L'acte attaqué se borne, en effet, à approuver des instructions destinées à servir de guide aux agents et « ne constitue pas une décision à l'égard des particuliers appelés à user du service télégraphique, lesquels ont la faculté de discuter devant l'autorité judiciaire, juge des difficultés relatives à la perception des taxes télégraphiques, *l'application individuelle* qui peut leur être faite du texte dont il s'agit ». On objectera qu'ici le recours n'est pas dirigé contre les instructions elles-mêmes, mais contre l'acte qui les approuve : il n'importe guère, puisqu'aussi bien affirmer qu'un acte qui approuve des instructions n'est pas une décision pour cette raison même qu'il se borne à cela, c'est faire rejaillir sur l'acte qui approuve la présomption qui pèse sur l'acte approuvé.

Et d'ailleurs, quant à l'application individuelle, c'est bien de celle des instructions elles-mêmes qu'il s'agit.

Un arrêt Taunay, du 25 juin 1920 (*Recueil*,

p. 630) [1], se rattache également, d'une façon un peu détournée, à notre première hypothèse du troisième cas. Il prouve en effet que les requérants, simples administrés, se gardent parfois, étant au courant des solutions jurisprudentielles, de déférer au Conseil d'Etat des instructions générales qu'ils estiment illégales à leur détriment. Ils attendent, pour se pourvoir, la décision individuelle qui en fait application directe. C'est ainsi que le propriétaire d'un cercle catholique attaque la décision d'un colonel, prise individuellement contre son cercle, en application d'une circulaire par laquelle le Ministre de la Guerre avait rappelé l'interdiction, pour les militaires, « de fréquenter les cercles et autres centres de réunion ». Une telle interdiction est illégale, soutenait le requérant, parce qu'elle porte atteinte aux droits d'association et de réunion ainsi qu'à la liberté de conscience. Le Conseil d'Etat, s'en tenant à la requête, examine uniquement la « légalité de la décision attaquée » et conclut que « l'autorité militaire n'a fait qu'user du pouvoir qui lui appartient, dans l'intérêt supérieur du service ». On peut se demander si, dans le cas où la décision eût été au contraire reconnue illégale, le Conseil n'eût pas annulé avec elle la circulaire dont elle ne faisait qu'assurer l'exécution et que le requérant ne lui avait pas déférée directement, par simple prudence de procédure.

b) Un arrêt déjà cité en passant, Chambre syndicale des Fabricants d'Eaux gazeuses de Paris, du

(1) Cf. Dame Toutain, 17 janvier 1919, *Recueil*, p. 37.

24 mars 1922 (1), résoudra ce point, dans les circonstances de l'espèce. Nous nous réservons d'étudier à part cet arrêt, qui soulève des questions capitales en notre matière. Pour le moment, nous nous bornons à y voir une nouvelle confirmation détournée de ce que nous avons affirmé : des instructions, même générales, ne peuvent être déferées au Conseil d'Etat par de simples administrés. Les requérants, en effet, qui avaient à se plaindre d'instructions adressées par le Ministre de l'Agriculture au préfet de police — instructions exemptant d'une loi, par mesure évidemment générale, une catégorie tout entière de commerçants — se gardent, ainsi que Taunay précédemment, d'attaquer directement les instructions elles-mêmes : ils en sollicitent simplement le retrait de l'Administration supérieure et se pourvoient ensuite contre la décision implicite de rejet résultant d'un silence de quatre mois.

Or, cet arrêt correspond, il faut bien le voir, à une hypothèse différente de celle des arrêts Deloze et Taunay. Les instructions générales ne se bornent pas ici à des prescriptions ayant trait, sinon à l'état et à la situation personnelle des fonctionnaires, du moins à l'organisation du service, prescriptions ne pouvant avoir qu'une simple répercussion sur les particuliers. Ces instructions disposent, au contraire, directement à leur égard, en déclarant qu'à l'avenir certains commerçants seront exemptés d'une taxe

(1) Commenté par M. Jèze, dans la *Revue de Droit public*, 1922, p. 247 et suiv.

que d'autres continueront à payer. C'est peut-être pour cette raison que le commissaire du Gouvernement eût parfaitement admis un pourvoi, que les requérants auraient formé ouvertement contre ces actes à caractère général. Nous n'avons malheureusement point rencontré de solutions jurisprudentielles antérieures à 1922, bien qu'intervenues depuis l'arrêt Fabre de 1916 ou même l'arrêt Desplas de 1913, mais nous croyons, d'après toute notre argumentation précédente, que même dans cette hypothèse d'atteinte directe, le Conseil s'en serait tenu en principe à sa distinction de la décision et de l'instruction, sans se laisser emporter par le caractère général, presque réglementaire de celle-ci. Par contre, à la suite précisément de l'arrêt Chambre syndicale de 1922 et des conclusions du commissaire du Gouvernement, nous sommes fondé à prévoir que, dans l'avenir, le Conseil d'Etat fera extension aux recours des particuliers, dans la même hypothèse, des solutions qu'il donne aux recours des fonctionnaires.

CHAPITRE IV

Malgré la réunion des deux conditions précédentes, le Conseil d'Etat, dans bien des cas encore, refuse de recevoir le recours. — Existence de deux courants jurisprudentiels.

Sans même rechercher des solutions positives données par la jurisprudence, on peut déjà, du simple examen des requêtes et de leur libellé, induire des conclusions. Nous avons vu les requérants s'enhardir peu à peu et, après avoir commencé à déférer au Conseil d'Etat une instruction qu'ils qualifiaient décision, puis une décision qu'ils prétendaient contenue dans une instruction, finir par attaquer purement et simplement l'acte en lui-même et comme tel. Nous avons noté une sorte de constance du Conseil d'Etat à recevoir en ce dernier cas le recours sans discussion, lorsqu'il visait une instruction disposant par voie générale et qu'il était formé par un fonctionnaire dont cette instruction modifiait la situation. Nous pourrions donc nous attendre, à partir surtout de 1916 (Fabre), à ce que les requérants qui ont qualité de fonctionnaires publics, n'hésitent en aucune façon à déférer directement au Conseil les circulaires qu'ils estiment violer la loi à leur détriment. Si la

jurisprudence que nous avons mise en lumière par une série d'arrêts (Fabre, Record, Legrand) est désormais bien fixée, il devient inutile d'user du moindre détour. Or, dans certains cas, on constate au contraire, de la part des requérants, une timidité persistante.

Ainsi, en 1920, un officier d'administration en retraite, ayant à se plaindre d'une circulaire du Ministre de la Guerre qui lui supprimait certains avantages pécuniaires, au mépris, prétendait-il, d'un décret antérieur, sollicite du Conseil d'Etat l'annulation non pas de la circulaire elle-même, mais « *des décisions contenues dans la circulaire* » (1). Sans doute le Conseil admet implicitement la recevabilité, pour statuer au fond et déclarer que le Ministre « n'a pas méconnu les prescriptions du décret précité » (Devaux, 18 juin 1920, *Recueil*, p. 585). On ne saurait donc prétendre que nous sommes en présence de l'ancienne jurisprudence proprement dite : tout de même, il est curieux de noter les termes de la requête, d'où est complètement absente la hardiesse de Desplas, de Fabre, de Legrand. La nuance est faible, évidemment, mais nous croyons qu'elle est cependant une indication de l'incertitude des intéressés, en face d'une jurisprudence instable.

D'ailleurs, dans bien des cas, il n'est plus question de nuance, mais les requérants se gardent absolument d'attaquer la circulaire, et bien que l'estimant illégale, ne défèrent que la décision individuelle qui

(1) Absolument comme l'avait fait Thibaut en 1906.

en a fait application. Nous avons signalé une requête de Taunay, en 1920, animée de la même prudence; mais Taunay, propriétaire d'un cercle catholique, n'était qu'un tiers étranger à l'Administration. Voici, au contraire, un lieutenant-colonel, un général, un lieutenant de vaisseau, tous membres incorporés à l'institution administrative, tous agents du service public de défense nationale, et qui procèdent comme Taunay à l'égard de l'acte quasi-réglementaire qui les atteint dans leur situation de fonctionnaires.

Le général Guyot d'Asnières de Salins avait été placé au cadre de réserve par anticipation, en conformité d'une circulaire ministérielle du 22 décembre 1917, qui décidait par mesure d'ensemble que, sauf cas exceptionnels, les généraux de division seraient affectés à ce cadre dès qu'ils auraient atteint l'âge de 60 ans. Il soutient que les instructions contenues dans cette circulaire sont contraires à la loi, qui exige pour chaque intéressé constatation individuelle d'inaptitude à l'exercice du commandement. Le Conseil d'Etat lui donne gain de cause. C'est donc bien en vertu de son caractère de généralité, et parce qu'elle prescrivait une mesure d'ensemble, que la circulaire de 1917 apparaissait illégale. Mais le général n'a pas déféré cette circulaire au Conseil; il a attaqué le décret qui le plaçait au cadre de réserve sur une proposition de ses chefs, formulée par eux, ainsi que l'exprime l'arrêt, dans le but unique de se conformer aux prescriptions de la circulaire (7 mai 1920, Guyot d'Asnières de Salins, *Recueil*, p 447).

Le lieutenant de vaisseau de réserve Deflesselle

se borné, de même, à demander l'annulation d'une décision « comme *faisant application d'une instruction* qui méconnaîtrait les prescriptions d'un texte réglementaire et serait, par suite, entachée d'illégalité » (Deflesselle, 18 juin 1920, *Recueil*, p. 587); il ne défère pas au Conseil l'instruction qu'il prétend illégale.

Le lieutenant-colonel de Girard de la Chaise, rayé des cadres de l'armée active par application d'une circulaire ministérielle sur le rajeunissement des cadres, prétend également que cette circulaire est illégale, de par sa généralité même. Si le Ministre soutient qu'il a le droit de proposer pour la retraite d'office les officiers fatigués, il ne peut le faire que par mesure individuelle. Ici encore de la Chaise ne demande pas l'annulation de la circulaire, mais celle de la décision prise en vue de son application (de Girard de la Chaise, 24 décembre 1920, *Recueil*, p. 1103). [Cf. Barral, 28 novembre 1919, p. 857].

Enfin — pour citer d'autres fonctionnaires que ceux appartenant à l'armée — un instituteur qui, sous prétexte qu'il se présentait aux élections législatives, avait été mis en congé d'office avec privation de traitement en vertu d'instructions ministérielles en ce sens, forme un pourvoi non pas contre les instructions qu'il estimait d'ailleurs illégales comme restreignant l'exercice de ses droits politiques, mais contre la mesure individuelle de mise en congé d'office (Sambat, 9 août 1918, *Recueil*, p. 832).

Nous retrouverons cette espèce dans l'étude de la violation de l'instruction (infra, 2^e partie, titre II, section 3). Constatons seulement ici que le caractère

de généralité de la circulaire n'est pas douteux, puisque le Ministre de l'Instruction publique observait : « La décision attaquée n'a constitué que l'application au requérant d'une mesure générale prise à l'égard de tous fonctionnaires candidats ».

* * *

Mais, va-t-on peut-être nous objecter, toutes ces citations ne sont pas absolument convaincantes, car les requérants peuvent fort bien s'inspirer d'une jurisprudence périmée à laquelle ils se conforment sans savoir que, depuis l'arrêt Fabre, les intéressés qui ont qualité de fonctionnaires sont affranchis de la nécessité d'attendre, pour se pourvoir contre elle, la décision ultérieure qui fera application directe et individuelle des instructions générales. La timidité de leurs requêtes est une présomption, elle n'est pas une preuve que la jurisprudence ne soit pas aussi fixée sur ce point que les arrêts comme l'arrêt Fabre ou l'arrêt Legrand le laissent paraître. Pour fournir cette preuve, il faudrait connaître, non plus des requêtes, mais des arrêts proprement dits, dans lesquels le Conseil d'Etat, en dépit de la réunion des deux conditions qui nous sont maintenant familières, affirmerait formellement que, même dans ce cas, il se confine dans l'exigence de l'acte d'application individuel et direct. Il refuserait sans distinction de recevoir le recours en tant qu'il est dirigé contre l'instruction de service, indépendamment de l'acte pris en conformité.

Nous connaissons quelques arrêts rendus dans cet

esprit. Ils sont typiques et suffisent amplement à confirmer notre démonstration.

C'est d'abord l'arrêt Agombard, du 9 janvier 1920 (*Recueil*, p. 13). Des officiers mariniens, qui se prétendent lésés dans leurs droits à l'avancement, défèrent au Conseil d'Etat la circulaire du Ministre de la Marine qui règle cet avancement. Par précaution, sans doute, et selon le procédé que nous avons exposé en détail, ils attaquent, en même temps, les actes individuels par lesquels le Ministre de la Marine a promu effectivement tel et tel à des grades supérieurs, en application de la circulaire précédente. Avec grand soin, le Conseil d'Etat rejette le pourvoi en tant qu'il vise l'instruction générale, et le reçoit en tant qu'il concerne les actes individuels d'application (1).

« Considérant que la circulaire par laquelle le Ministre a donné des instructions aux préfets maritimes et aux officiers commandant à la mer et à la terre au sujet de l'avancement... ne contient pas de *décision susceptible de faire grief* aux requérants.

« Mais considérant que les requêtes susvisées sont dirigées, en outre, contre le décret du 1^{er} octobre 1915 et l'arrêté du Ministre de la Marine du 22 du même mois, portant promotion aux grades de mécanicien principal de 2^e classe et de premier maître mécanicien : qu'il y a lieu dès lors d'examiner la régularité de ces actes. »

(1) Cf. au contraire l'arrêt Record, (*supra*, p. 132), qui recevait le pourvoi dans son ensemble.

Dans le cas précédent, les fonctionnaires requérants avaient eux-mêmes pris soin de « diriger en outre » leurs requêtes contre des actes dont le caractère de décision exécutoire ne pouvait être contesté. Voici, ce qui est plus significatif encore, le Conseil d'Etat qui, de lui-même, mis en présence d'un pourvoi visant cette fois uniquement l'instruction générale, suppose, par un détour analogue à ceux que nous avons déjà étudiés, que ce pourvoi est dirigé en fait contre les mesures d'application individuelle qui ont atteint les requérants, et, comme tel, il le déclare recevable. Nous voulons parler d'une série d'arrêts, rendus tous dans les mêmes circonstances de fait et rigoureusement identiques d'ailleurs par les termes dans lesquels le Conseil discute la recevabilité, si bien qu'on a l'impression, à les lire, qu'ils reproduisent * une formule immuable et en quelque sorte consacrée. C'est, le 27 décembre 1918, l'arrêt Chevassu et autres (*Recueil*, p. 1185); le 21 novembre 1919, l'arrêt Autier (*Recueil*, p. 857), le 6 février 1920 l'arrêt Laget, Bruneau et Palmade (*Recueil*, p. 147); le 5 mars 1920, l'arrêt Devarenne et Forgette (*Recueil*, p. 242), etc...

Il s'agit chaque fois d'anciens officiers rappelés à l'activité en 1914, et qui ont vu suspendre, pour cette raison, le paiement des arrérages de leur pension, conformément à une circulaire du Ministre de la Guerre du 20 août 1914, prise en exécution de la loi sur l'interdiction du cumul d'une pension et d'une solde. Après l'armistice, ils défèrent tout naturellement au Conseil d'Etat cette circulaire, sans

spécifier qu'elle contient décision, puisque il a été admis qu'une instruction générale peut, comme telle, être l'objet d'un recours en annulation. Ils s'estiment d'autant plus fondés à le faire que, dans l'espèce, aucune décision individuelle véritable, décret, arrêté, n'est intervenue (1). Il a seulement été pris des mesures d'exécution en application de la circulaire, et les mesures d'exécution, comme le reconnaît M. Hau-riou, « n'ajoutent aucune prétention de droit aux décisions antérieures » (*D. A.*, 10^e édit., p. 429). Or le Conseil répond dans les mêmes termes en 1918, en 1919 et en 1920. Nous citons sa formule, qui se reproduit intégralement chaque fois :

« Sur la recevabilité... considérant que la circulaire se borne à prescrire des mesures d'instruction; qu'elle n'est, dès lors, pas susceptible d'être déléguée au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir.

« Mais considérant que les requérants, qui en suite des mesures prescrites par la circulaire précitée ont vu suspendre le paiement des arrérages de leur pension de retraite, sont recevables, *à l'occasion de l'application qui leur a été faite de ladite circulaire*, à discuter la légalité de cette retenue... qu'il y a donc lieu de statuer au fond sur les requêtes. »

Il convient de remarquer que le Conseil s'est réservé une sorte d'échappatoire, en parlant de « mesures d'instruction », dont le caractère préparatoire n'est

(1) C'était, au contraire, le cas dans l'espèce précédente (Agombard).

en général pas contesté (1). Mais nous savons par l'arrêt Agombard que le Conseil n'hésite pas, même en 1920, à déclarer irrecevable un recours formé contre une circulaire, pour la raison ouvertement donnée que celle-ci ne contient que des instructions. Le fait que, dans les arrêts où se trouve la formule précitée, il a opposé au pourvoi l'argument tiré non pas du caractère d'instructions de service, mais de celui de mesures d'instruction qu'aurait présenté l'acte attaqué, ne saurait, selon nous, faire illusion sur la véritable tendance jurisprudentielle à laquelle il obéit ici.

* * *

Cette tendance est, par conséquent, absolument contraire à celle qui se faisait jour et s'affirmait, parallèlement aux arrêts que nous venons d'étudier, de 1916 à notre époque. On comprend que les fonctionnaires, désireux d'attaquer une circulaire réglant leur situation d'une façon qu'ils estimaient illégale, aient manifesté quelque hésitation sur la forme à donner à leur requête. On comprend qu'ils se soient tantôt enhardis à déférer au Conseil d'Etat la circulaire sans aucune atténuation — tantôt bornés à se pourvoir contre la « décision contenue » dans « ou constituée » par cette circulaire — tantôt même résignés à en contester la légalité, à l'occasion d'un

(1) M. Hauriou note toutefois qu'il peut arriver que des actes d'instruction « modifient en réalité la situation et soient considérés comme des décisions ». (*D. A.*, 10^e édit., p. 429, note 1.)

recours formé contre la décision qui leur en avait fait application individuelle. Il semble que nous soyons ici en présence de deux courants. Le premier prend sa source dans les lointaines régions d'une jurisprudence singulièrement étroite dans sa notion du grief. Le second, au contraire, est issu d'une jurisprudence plus libérale et de moins en moins stricte sur la qualité de l'intérêt exigé. Il tend à protéger les fonctionnaires publics contre les modifications que viennent apporter discrétionnairement, à un statut suffisamment indécis, flottant et menacé, des actes de l'autorité supérieure qui jouissent en fait, à l'intérieur de l'institution administrative, de toute la force obligatoire d'un règlement, sans en présenter, par ailleurs, les garanties juridictionnelles.

CHAPITRE V

L'arrêt du 24 mars 1922. — Chambre syndicale des Fabricants d'Eaux gazeuses de Paris. — Sa portée.

Nous n'avons pas jusqu'ici, en ce qui concerne les recours que peuvent former les particuliers contre ces actes à effets pratiquement réglementaires *que sont les instructions générales*, discerné la dualité jurisprudentielle que nous signalions au chapitre précédent. Cela s'explique d'ailleurs, parce qu'il est rare qu'une circulaire dispose directement à l'égard de simples administrés. Mais il peut arriver, nous le savons, qu'elle le fasse et qu'on soit tenté d'admettre alors la recevabilité. Ce pas aurait-il été franchi par le Conseil d'Etat dans un arrêt dont nous connaissons déjà des bribes, mais sans en avoir une vue d'ensemble, l'arrêt Chambre syndicale des Fabricants d'Eaux gazeuses de Paris, du 24 mars 1922, cité par M. Jèze dans la *Revue de Droit public* de l'année (p. 247)? Nous allons brièvement exposer les faits :

Tous ceux qui livrent ou administrent au public des eaux minérales naturelles ou artificielles étaient, avant le 30 août 1907, soumis à une triple formalité : l'autorisation préalable, l'inspection, le paiement d'une taxe d'inspection. Or, le 30 août 1907, une lettre-

instruction du Ministre de l'Agriculture au préfet de police invita celui-ci à restreindre cette réglementation aux commerçants pratiquant la vente caractérisée du produit, *fabriqué en dehors de leur établissement*. C'est-à-dire que les restaurateurs et limonadiers, qui se servaient d'un appareil récemment découvert, l'auto-siphon, pour préparer eux-mêmes leurs eaux gazeuses, *qu'ils débitaient sur place*, se trouvaient désormais exempts de la triple formalité indiquée plus haut. Une catégorie entière était ainsi dispensée d'une loi par une instruction de service disposant par voie générale.

La Chambre syndicale des Fabricants d'Eaux gazeuses, dont les membres étaient atteints incontestablement et directement par un acte qui favorisait des concurrents immédiats, se garda de déférer les instructions elles-mêmes au Conseil d'Etat. Elle adressa à quatre Ministres (de l'Intérieur, de l'Agriculture, du Commerce, des Finances) des lettres sollicitant le retrait de ces instructions et demandant que les débitants fussent, comme les autres, soumis strictement à la loi. N'ayant pas obtenu de réponse, la Chambre syndicale déféra au Conseil d'Etat les décisions implicites de rejet résultant d'un silence de plus de quatre mois.

Écoutons le commissaire du Gouvernement, M. Rivet, dont les conclusions ont vraisemblablement entraîné, comme il arrive souvent, le verdict du Conseil :

« Si, au lieu de se pourvoir contre le refus implicite opposé à sa demande, la Chambre syndicale

s'était pourvue contre l'instruction du 30 août 1907, son recours — votre jurisprudence *admettant, depuis l'arrêt Fabre, les pourvois formés contre les instructions ministérielles* — eût été considéré à coup sûr comme recevable. Le fait qu'en l'absence de publication du document, la requérante a dû user du procédé que nous vous avons fait connaître, ce fait ne saurait réduire votre droit de contrôle » (*R. D. p.*, 1922, p. 252.)

Nous avons déjà fait allusion à une phrase de ce passage, celle où M. Rivet affirme que la jurisprudence du Conseil admet les recours contre les instructions ministérielles. Nous allons la reprendre ici pour résumer en quoi elle ne correspond pas, à beaucoup près, à la réalité jurisprudentielle.

En premier lieu, le Conseil d'Etat n'admet pas plus depuis 1916 qu'auparavant, le recours formé contre des instructions particulières, même ministérielles (*Hiti a Hiti et Tefau*, 11 juin 1920, *supra*, p. 136).

En second lieu, et s'il s'agit d'instructions ministérielles disposant par voie générale, le Conseil d'Etat n'admet point, en principe, les simples administrés à les attaquer directement (*Taunay*, 25 juin 1920, par déduction. *Supra*, p. 149).

En troisième lieu enfin, et toujours en matière d'instructions ministérielles générales, le Conseil d'Etat ne reconnaît point, d'une façon constante, aux fonctionnaires même dont la situation et les avantages de carrière sont lésés par ces instructions, la faculté de les lui déférer. Et cependant ce sont ici

les conditions même dans lesquelles l'arrêt Fabre était intervenu.

Or, dans les circonstances présentes, en 1922, les requérants ne sont même pas des fonctionnaires, mais bien de simples administrés absolument étrangers à l'Administration. Quelle assurance pouvait donc avoir le commissaire du Gouvernement que le Conseil dût à *coup sûr* considérer, en vertu de sa jurisprudence issue de l'arrêt Fabre, le pourvoi comme recevable? En réalité, si les requérants se sont servis du procédé qui consistait à déférer au Conseil la décision implicite de rejet, ce n'est pas parce que les instructions n'avaient fait l'objet d'aucune publication, c'est bien plutôt parce que la jurisprudence antérieure ne leur offrait aucune garantie au point de vue de la recevabilité de leur pourvoi, au cas où ils l'auraient formé directement contre les instructions ministérielles.

Quoiqu'il en soit, puisque dans l'espèce les instructions de service ne faisaient l'objet d'aucun recours, les suppositions de M. Rivet étaient toutes gratuites. Mais, passant à l'examen du fond, le commissaire du Gouvernement donnait, sans restriction, gain de cause à la Chambre syndicale: « Vous n'hésitez pas à affirmer, déclarait-il au Conseil d'Etat, que le régime appliqué... aux débitants, fabricants d'eau de Seltz, en ce qui concerne l'inspection et la taxe d'inspection, était nettement contraire aux exigences de la loi ».

Et il concluait « que les décisions ministérielles maintenant l'exonération d'inspection et de taxe

d'inspection, ensemble les instructions ministérielles prescrivant lesdites exonérations, soient annulées» (*ibid.*, p. 254).

Le Conseil d'Etat reproduit purement et simplement cette conclusion et statue dans les mêmes termes :

« Les décisions ministérielles implicites maintenant l'exonération — *ensemble les instructions ministérielles* prescrivant ladite exonération sont annulées» (*ibid.*, p. 258).

*
* *

Ainsi — fait jurisprudentiel sans précédent — mis en présence d'un recours où l'instruction de service n'était pas même attaquée à la faveur d'un détour quelconque, où, seule, une véritable décision, nettement individuelle, lui était déférée, le Conseil d'Etat ne se contente pas d'annuler cette décision, il annule, en même temps, l'instruction de service qui était à sa source et qu'il estime illégale. En un mot, il statue *ultra petita* en une matière pour laquelle nous l'avons vu se refuser, non seulement à statuer au fond, mais même à recevoir en la forme. Avant de rechercher s'il existe un fondement à cette soudaine volte-face, et quel il est et sa portée, assurons-nous que, même au cas d'illégalité reconnue, le Conseil d'Etat ne prononçait pas, avant cet arrêt exceptionnel, l'annulation des instructions dont il avait l'occasion d'examiner la valeur. On pourrait, en effet, concevoir que, par souci de sauvegarder la légalité, le haut tribunal eût pris parfois sur lui

d'annuler des actes contre lesquels il n'eût pas admis un recours direct.

Ainsi, en 1909, époque où la tendance des requérants à attaquer directement l'instruction de service, n'apparaît pas encore, un cas se présente, dans lequel l'illégalité de cette instruction est flagrante. C'est l'espèce Carsault, déjà étudiée au point de vue de la notification (10 décembre 1909, *Recueil*, p. 979). On se souvient que Carsault, simple commerçant (1), avait déféré en même temps au Conseil d'Etat, pour annulation, une décision du préfet de police et les instructions du Ministre du Travail sur lesquelles la décision précédente était fondée. Il s'agissait de l'interprétation à donner à la loi sur le repos hebdomadaire. Avec le système du Ministre, une fois l'autorisation de dérogation accordée pour un établissement, le commerçant n'aurait même pas eu à en demander une semblable pour un autre établissement qu'il aurait également exploité, conséquence qui eût été contraire à la loi. Le Conseil d'Etat annula la décision du préfet de police pour ce motif. C'était reconnaître que les instructions dont cette décision s'était directement inspirée devaient être également annulées pour illégalité, d'autant que le requérant sollicitait cette annulation. Le Conseil d'Etat cependant ne l'admit pas et, bien loin d'annuler au fond, refusa de recevoir en la forme le recours, en tant qu'il était dirigé contre les instructions ministérielles.

(1) De même qu'en 1922 les Fabricants d'Eaux gazeuses.

Même en 1920, le Conseil ne statue pas ici *ultra petita* et n'annule point une circulaire qu'il juge illégale, alors que le recours ne vise que l'acte pris en vue de son application. L'arrêt du 7 mai, général Guyot d'Asnières de Salins (supra, p. 154), en fournit la preuve. Le général attaquait un décret individuel, qui n'était que la conséquence d'une circulaire antérieure. Le Conseil estime que le requérant est fondé à prétendre avoir été privé d'une des garanties essentielles auxquelles lui donnait droit une loi du 10 avril 1917. Ce fait ne s'est produit, reconnaît par ailleurs le Conseil, que par suite du souci qu'on a eu en haut lieu de « se conformer aux prescriptions d'une circulaire ». Annulant le décret individuel, le haut tribunal va-t-il en même temps annuler la circulaire qui viole évidemment la loi, puisqu'elle est à la base d'actes illégaux ? Pas le moins du monde.

*
* *

Par conséquent, notre arrêt de 1922 apporte en ce sens un élément absolument nouveau. Le requérant n'est même pas un fonctionnaire public, il se garde de solliciter l'annulation d'un acte dont il juge n'avoir pas à connaître, en vertu d'une jurisprudence maintes fois affirmée. Et le Conseil lui accorde cette annulation. A-t-il voulu déclarer par là de façon éclatante que, désormais, il admet le simple administré à connaître des instructions ministérielles à caractère général ? Ou même, puisqu'il ratifie implicitement les conclusions du commissaire du Gouver-

nement, à connaître de toutes les instructions ministérielles, quelles qu'elles soient, générales ou particulières ? Nous croyons qu'à interpréter ainsi notre arrêt comme la manifestation évidente d'un revirement jurisprudentiel, à la suite duquel *tous* les recours contre *toutes* les instructions ministérielles seraient désormais recevables, on s'exposerait à des déceptions ultérieures. La vérité est qu'il faut limiter la ratification implicite du Conseil à l'hypothèse qui est celle de l'espèce : l'instruction ministérielle, qui présente un caractère incontestable de généralité, atteint l'administré directement et non plus par simple répercussion à l'occasion de l'organisation du service. En ce sens, nous constatons non pas un revirement proprement dit, mais une tendance manifeste à un revirement futur, lorsque l'instruction générale sera effectivement attaquée dans ces conditions. Et, sans doute aussi, le Conseil n'a suivi si étroitement la marche que le commissaire du Gouvernement lui traçait que parce que, dans le cas présent, il existait des raisons spéciales qui exigeaient une solution énergique.

Ces raisons tiennent étroitement, d'ailleurs, au caractère général et quasi réglementaire que revêtaient les instructions de service, telles que celles du Ministre de l'Agriculture en 1907. Mais elles touchent également à la détermination des limites dans lesquelles doit évoluer le pouvoir discrétionnaire. Il s'est affirmé, de plus en plus, dans ces dernières années, que le pouvoir discrétionnaire ne s'exerce pas avec autant d'étendue dans le domaine

du pouvoir réglementaire que dans celui du pouvoir de décision individuel. Le fondement du pouvoir discrétionnaire est, en effet, qu'il faut tenir compte des cas particuliers; au contraire, le domaine propre du règlement embrasse ce qui est général. Or, dans l'espèce, il n'y a point, sans doute, règlement proprement dit, mais, si l'on va au fond des choses, le résultat n'est-il pas identique ? Il est donc difficile de reconnaître ici à l'Administration un pouvoir d'appréciation absolu. C'est ce que M. Rivet fait ressortir en termes saisissants, et c'est là, nous le croyons volontiers, qu'est l'inspiration véritable de l'arrêt :

« Si le recours ne visait que l'exonération d'un particulier, nous hésiterions — s'il ne critiquait que le refus d'assujettir *individuellement*, nous vous demanderions de proclamer que l'autorité administrative a reçu un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, dans chaque espèce, si le texte était ou non applicable. Mais s'agissant... d'une *réglementation générale*, tout autre... c'est toute une classe d'individus que l'Administration a exonérés. L'intérêt de la requérante apparaît comme évident. La question revient à savoir si, en se refusant... l'Administration n'a pas donné, du texte de la loi, une interprétation inexacte. » (*R. D. p.*, 1922, p. 251.)

On voit quelle haute question était soulevée, englobant et dépassant celle de la recevabilité des recours formés contre l'instruction de service. Cette question subsidiaire a bénéficié, en quelque sorte, du sillage creusé par une théorie distincte qui l'a

entraînée avec elle. Mais — et c'est toujours sur ce point que nous voulons insister — elle n'en a bénéficié que parce que l'instruction de service présentait précisément un caractère de généralité incontestable. Il s'agissait bien, comme l'indique le commissaire du Gouvernement, d'une « réglementation générale ».

CONCLUSIONS DE LA PREMIÈRE PARTIE

Si, d'un rapide coup d'œil, nous passons en revue dans son ensemble la jurisprudence que nous venons d'étudier en détail, à quelles conclusions nous arrêtons-nous ?

A. — Le Conseil d'Etat part de cette idée préconçue que l'instruction de service, quelle qu'elle soit, n'est pas une décision et ne fait pas grief. Dans bien des circonstances cependant, il se révèle ardemment désireux de découvrir, à son occasion, une *décision* susceptible de faire l'objet d'un recours recevable. Il la découvre ainsi, par un détour singulier, dans les observations que fait le Ministre sur le pourvoi, quand elles portent sur le fond. Mais c'est un procédé qui n'est pas exclusivement réservé à la jurisprudence de l'instruction de service. Et le Conseil d'Etat n'en fait pas usage chaque fois qu'il lui serait loisible de le faire.

De même, dans le fait qu'une instruction de service a été notifiée ou communiquée par l'inférieur qui l'a reçue à l'intéressé qu'elle visait, le haut tribunal saisit souvent une occasion de reconnaître recevable un pourvoi qui, en lui-même, ne l'est pas. Mais, vers la même époque où, soit formellement, soit

implicitement, le Conseil d'Etat attribue cette valeur que nous avons vue accessoire ou principale, au fait de notification ou de communication, il ne se prive point, dans d'autres arrêts, de lui refuser toute portée, soit implicitement, soit formellement (Carsault, 1909).

Dans cet autre fait, qu'une instruction de service aboutit à rejeter une réclamation, un recours ou une demande, le Conseil d'Etat trouve également matière à décision. Cela ne l'empêche point, dans certains cas, de ne tenir aucun compte de cette particularité (1) ou de n'en tenir compte, tout au moins, qu'en termes hésitants, équivoques (dame Maître).

Enfin, le Conseil d'Etat admet que l'instruction de service qui, en principe, n'est pas une décision susceptible de faire grief, puisse exceptionnellement, et dans les circonstances de l'espèce, « contenir » ou « constituer » décision, soit pour une part, soit même pour le tout. Il l'admet explicitement en se prononçant sur la recevabilité du pourvoi. Il l'admet aussi d'une manière implicite, en recevant sans discussion un recours que les requérants ont pris soin de former contre la « décision » contenue dans l'instruction. Mais, en elle-même et comme telle, l'instruction de service n'est toujours pas susceptible de recours.

B. — Cependant, à la faveur de cette admission implicite de la recevabilité, qui se fait jour à l'abri

(1) Arrêt Vergnon, qui s'oppose à l'arrêt dame Saradin (supra, p. 90 et 95). Arrêt Gossoin, qui contraste avec l'arrêt Bazenant-Delpon (supra, p. 90 et 99).

des termes même des requêtes, le Conseil est amené à perdre tout à fait de vue l'idée préconçue d'où il est parti, à savoir que l'instruction de service, quelle qu'elle soit, n'est pas une décision et ne fait pas grief. Les requérants l'y conduisent en lui déférant directement, non pas « une décision » mais bien « une instruction » ou « une circulaire ». Si bien que nous arrivons, en 1916, à un arrêt Fabre qui a tout l'air d'un arrêt de principe, à la suite duquel la recevabilité du recours formé directement contre l'instruction de service en elle-même ne fait plus question. Effectivement, à cet arrêt Fabre se rattachent une série d'autres arrêts d'où la même solution se dégage.

Mais, immédiatement, apparaissent des ressemblances caractéristiques dans les conditions des recours auxquels les arrêts précédents correspondent. Ces recours sont tous, en effet, dirigés contre des instructions *générales*, d'ordinaire des circulaires ministérielles, en tout cas contre des actes qui ressemblent à des règlements. Ils sont tous formés par des *fonctionnaires* publics et non par de simples particuliers. D'ailleurs, le Conseil d'Etat s'en tient à ses solutions antérieures fondées sur la notion de décision et sur celle de l'acte ultérieur pris en application individuelle de l'instruction de service — chaque fois que de *simples particuliers* lui défèrent une instruction, si générale soit-elle. Il en est de même, mais sans distinction de requérants, lorsque le recours ne vise que des *instructions particulières*, qui ne ressemblent nullement à des règlements.

C. — Au reste, il ne faut point s'illusionner sur la valeur absolue de l'analyse faite au paragraphe précédent. Rien dans tout cela n'est immuable, et parfois même apparaissent entre les arrêts, en dépit de la similitude des faits et des requêtes, des contradictions évidentes. C'est ainsi que des recours, formés par des fonctionnaires contre des instructions générales ressemblant à des règlements, se heurtent, malgré cette réunion de nos deux conditions solidaires, à l'irrecevabilité (Agombard, *supra*, p. 157).

Par la force des choses, et devant l'impossibilité de concilier ces solutions avec celles qui découlaient de l'arrêt Fabre et des arrêts analogues, nous avons été amenés à admettre ici l'existence de deux courants opposés de jurisprudence (*supra*, p. 160).

Mais, en sens inverse, à l'occasion d'un recours formé par des commerçants et ne mettant en jeu que *très indirectement* des instructions de service (de caractère général, il est vrai), nous voyons le Conseil d'Etat annuler comme illégales les instructions dont ces simples administrés n'avaient pas osé lui demander l'annulation (Chambre syndicale des Fabricants d'Eaux gazeuses).

Il faut sans doute voir là, avons-nous dit, la manifestation d'une tendance du Conseil à déclarer éventuellement recevables les recours des simples particuliers contre l'instruction générale qui les atteint directement. Mais on ne peut rien préjuger de cet arrêt, quant à la recevabilité du recours formé par eux contre le même acte, qui ne les tou-

cherait qu'indirectement à l'occasion de l'organisation du service.

*
* *

Le Conseil d'Etat n'est, sans doute, pas encore ici au terme de son évolution jurisprudentielle. Quelle orientation définitive est-il probable, est-il souhaitable qu'il prenne ? Nous envisagerons successivement la question de l'instruction générale, qui ressemble à un règlement, et celle de l'instruction particulière, qui ressemble à la décision individuelle.

A. — Nous croyons que le Conseil finira par se rallier, dans tous les cas, sauf en certaines espèces imprévisibles, à la jurisprudence de l'arrêt Fabre, de l'arrêt Record, de l'arrêt Legrand, suivant laquelle les fonctionnaires sont implicitement recevables à lui déférer directement l'instruction générale. La dualité que nous signalions est destinée à faire place à l'unité, dans le sens favorable aux requérants.

Nous jugeons même que le Conseil d'Etat doit arriver, dans un avenir plus ou moins proche, à dépasser l'hypothèse de l'arrêt Chambre syndicale des Fabricants, d'Eaux gazeuses, et à recevoir les recours des particuliers, dans le cas où ces derniers ne sont qu'indirectement atteints par les instructions générales dont ils demandent l'annulation. C'est-à-dire que la distinction qui ressort de notre étude, sans qu'elle ait jamais été affirmée, entre les requérants fonctionnaires et les requérants simples administrés, devra s'effacer complètement. A notre sens,

du fait qu'un acte qui dispose par voie générale, qui est susceptible, par conséquent, d'inspirer un nombre considérable d'actes individuels, est accusé de n'être pas conforme à la loi, il devient nécessaire de le juger, pour l'absoudre ou pour le condamner. Tout requérant, même s'il n'est atteint qu'indirectement à l'occasion de l'organisation du service et à condition toutefois que son intérêt coïncide avec celui de la bonne administration, doit être recevable à jouer ici le rôle d'une sorte de ministère public. Ainsi que l'écrit M. Grélat : « C'est l'intérêt supérieur de la légalité qui est en jeu » (Thèse, p. 807).

B. — Nous venons de citer M. Grélat. Or, celui-ci, invoquant l'intérêt de la légalité à l'effet de permettre d'ouvrir le recours contre l'instruction de service, ne distingue pas entre le caractère général ou le caractère particulier que cette instruction peut présenter. « En l'absence de tout texte exceptionnel, écrit-il, l'acte administratif, quel qu'il soit, se caractérise essentiellement par sa subordination à la loi. Et la sanction de cette subordination, c'est, avant tout, dans l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, qu'il convient de la chercher; article qui ouvre, au profit de tout administré lésé, un recours pour excès de pouvoir, à l'effet d'obtenir l'annulation de tout acte administratif illégal. » (Thèse, p. 809.) Par conséquent, l'instruction particulière par laquelle un supérieur guide, de façon plus ou moins impérative, la conduite de l'inférieur hiérarchique dans un cas bien individualisé, devrait, selon M. Grélat, pouvoir, elle

aussi, être déferée *directement et en elle-même* au Conseil d'Etat.

Or, nous nous souvenons que, sur ce point, le Conseil n'a pas varié. Certes, il s'est départi de son ancienne présomption, à la faveur de détours que nous connaissons, et qui aboutissaient tous à découvrir une décision contre laquelle le pourvoi fût recevable. Mais il ne s'est pas seulement réservé d'user de ces détours ou de ne pas en user, il a pris soin toujours, sauf en de très rares exceptions, de spécifier qu'il recevait seulement le recours en tant qu'il visait *une décision véritable* contenue dans l'instruction particulière. En parlant d'exceptions, nous faisons allusion aux arrêts Commune de Saint-Malo et Sauvelet (1) dans lesquels l'admission de la recevabilité est implicite et se fonde sur le fait de la notification.

Précisément, à l'occasion de ces deux arrêts, nous remarquons que l'admission implicite de la recevabilité n'était peut-être pas, en l'espèce, très juridique. Nous manifestons par là notre tendance à lui préférer les solutions explicites données par le Conseil d'Etat dans la plupart des arrêts qui touchent à l'instruction particulière. C'est qu'en effet ces solutions nous semblent, pour diverses raisons, inspirées d'une grande sagesse.

1^o On ne peut pas traiter de la même façon l'acte par lequel une autorité supérieure dispose par voie générale et l'acte individuel préparatoire qui n'a

(1) Supra, p. 74 et 75.

d'autre but que d'inspirer une décision ultérieure du subordonné. Au second cas, seul est en cause le pouvoir de direction hiérarchique. Au premier cas, c'est, avant tout, le pouvoir de réglementation qui domine et ce pouvoir doit, par essence, être soumis étroitement au contrôle juridictionnel. L'Administration ne jouit, nous l'avons dit, que d'une faible appréciation discrétionnaire dans le domaine de l'acte général, de l'acte réglementaire. Cette appréciation s'exerce, au contraire, avec une grande liberté dans le domaine de l'acte individuel, tel que l'instruction particulière que le supérieur adresse à l'inférieur, à l'effet de lui faire prendre une décision à l'égard de l'administré (1).

2^o En principe, rien de définitif n'intervient au moment où l'instruction particulière est prise. Il serait abusif que les tiers pussent entraver sans cesse l'exercice du pouvoir de direction hiérarchique, en arguant d'illégalités manifestées seulement en intentions, en menaces dont l'exécution est souvent lointaine et subordonnée à diverses circonstances de fait.

3^o Ce serait de plus, en certains cas, une violation des principes de la bonne administration. La question de séparation des compétences peut, en effet, se poser et l'autorité supérieure se trouver incompétente à l'effet de prendre, sur le point qui a fait de sa part

(1) Il importe peu que ces administrés soient de simples particuliers ou des fonctionnaires du service. Par rapport au supérieur et à l'inférieur, ils sont des tiers.

l'objet d'instructions à l'inférieur seul compétent, une décision susceptible d'atteindre les intéressés et de leur être opposable.

Cependant il arrive, par exception, que d'ores et déjà l'instruction particulière présente un caractère définitif, la compétence de son auteur étant hors de cause, et que le requérant soit fondé *en l'espèce* à voir en elle une décision qui lèse un de ses intérêts légitimes. Ce n'est pas toujours une décision exécutoire, c'est-à-dire susceptible, telle qu'elle se présente, d'être suivie d'exécution : mais cela n'importe point s'il est établi, dans les circonstances de l'espèce, que l'exécution ne pourra en être évitée et sera rigoureusement conforme à l'instruction.

Telle est, en effet, la situation dont sont issues, en tant qu'elles s'appliquent à des instructions particulières, ce que nous avons appelé les atténuations jurisprudentielles. Il est évident que l'inférieur qui communique ou notifie à l'intéressé les instructions de cette sorte qu'il a reçues du supérieur entend, par là, neuf fois sur dix, se les approprier et prendre une décision de son chef. De même, lorsqu'un supérieur rejette la demande, la réclamation ou le recours d'un administré, en faisant connaître son refus à l'inférieur afin qu'il le transmette à cet administré, la décision existe, bien qu'elle soit émise au sein d'une instruction particulière. En beaucoup d'autres cas encore, que les *espèces* seules sont à même de révéler, elle existe également, masquée par la forme d'instruction qu'elle a revêtue. Il convient alors de donner satisfaction au requérant sur le point de la recevabilité, sous peine

de commettre un déni de justice. Il ne convient pas moins de spécifier que le pourvoi n'est recevable qu'autant qu'il vise une décision faisant grief et contenue dans l'instruction. On ne peut en arriver, par l'admission du principe du recours direct contre l'instruction particulière, à brider étroitement l'administration dans l'exercice du pouvoir de direction hiérarchique.

FIN DE LA PREMIÈRE PARTIE

DEUXIÈME PARTIE

LA VIOLATION DE L'INSTRUCTION DE SERVICE OUVERTURE DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

GÉNÉRALITÉS

Si, dans l'étude qui précède, nous n'avons pu constater que des tendances, parfois contradictoires, en tout cas point immuables, il va peut-être apparaître plus aisé d'aboutir à des solutions fermes sur la question suivante : la violation d'une instruction de service est-elle une ouverture du recours pour excès de pouvoir ? Il n'y aura plus à distinguer ici entre l'instruction particulière, qui ressemble à la décision, et l'instruction générale qui ressemble au règlement.

Décision et règlement, tous deux manifestations de volonté, peuvent également faire grief et sont par conséquent tous deux susceptibles d'être l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir. Mais la décision, éminemment particulière, ne saurait avoir la force obligatoire qui donnerait à sa violation le caractère d'une ouverture au recours.

Seule, la violation d'une règle générale, commune au moins à toute une catégorie bien définie, peut revêtir ce caractère. Il ne va donc s'agir, dans ce qui suivra, que de l'instruction générale, qu'on appelle souvent circulaire, et même que de la circulaire ministérielle, qui, du fait de son auteur, chef d'une branche de l'Administration centrale, prend une importance considérable. Les requérants, d'ailleurs n'ont pas, à notre connaissance, eu l'idée d'invoquer la violation d'une circulaire préfectorale, par exemple, comme moyen de leur recours pour excès de pouvoir.

*
* * *

Le recours pour excès de pouvoir se fonde actuellement sur quatre ouvertures, qu'on peut, en vérité, grouper en deux : la violation de la loi et le vice de forme d'une part, représentant « l'action des règles extérieures sur l'Administration » ; d'autre part, l'incompétence et le détournement de pouvoir qui représentent « le sentiment intérieur qu'a l'Administration elle-même de sa fonction, des devoirs de sa fonction et de la façon dont elle doit subordonner son pouvoir à sa fonction ». (Hauriou, *D. A.*, 10^e édit., p. 448.)

A première vue, on n'aperçoit guère qu'il y ait place pour une ouverture spéciale qui serait constituée par la violation de l'instruction générale ou de la circulaire ministérielle. M. Mandrette écrivait, en 1908 : « Pour que notre recours soit possible, il faudrait que les circulaires soient universelles comme la loi. Bien au contraire, elles sont essentiellement relatives à un département ministériel. » (Thèse,

Paris 1908 : Les instructions des supérieurs hiérarchiques.)

*
* *

C'était oublier que la violation de la loi doit se comprendre dans un sens large. « Il s'agit, en principe, de la violation de toute disposition légalement obligatoire pour l'Administration; non pas seulement des dispositions de loi proprement dites, mais des dispositions réglementaires, parce que le régime de la légalité exige que l'Administration respecte les règlements. » (Hauriou, *D. A.*, 10^e édit., p. 452.) Ainsi, l'on conçoit que l'instruction puisse s'assimiler, non pas à la loi, mais à un règlement, et sa violation donner lieu au recours comme le ferait la violation d'un règlement. Il suffit, pour cela, que cette instruction présente un caractère évident de généralité : la circulaire ministérielle rentre tout à fait dans ce cadre : elle est essentiellement relative à un département ministériel, c'est vrai. Mais qu'importe ? Un arrêté ministériel réglementaire est tout aussi peu universel, est tout aussi confiné à un département ministériel ; et cependant sa violation ouvre, sans aucun doute, au moins dans l'état actuel de la jurisprudence, le recours pour excès de pouvoir. Donc, la circulaire, l'instruction générale, en tant qu'elle ressemble à un règlement, ne paraît pas *a priori* incapable de donner lieu, quand elle est violée, à cette ouverture au recours que l'on désigne d'une façon large sous le nom de violation de la loi.

*
* *

Il faut raisonner d'une façon analogue sur la violation des formes. « Il y a vice de forme lorsqu'il y a omission complète ou partielle de l'une des formalités auxquelles un acte administratif est assujéti par les lois et règlements (1). » Cette ouverture n'est, en somme, qu'une simple dépendance de la précédente. Or, un acte administratif peut être assujéti à des formalités spéciales, non pas par les lois et règlements, mais bien par une instruction générale, une circulaire ministérielle, qui ressemble à un règlement. On conçoit ici encore que la violation d'une forme exigée par cette circulaire puisse ouvrir le recours.

*
* *
*

Observons qu'à deux reprises différentes, nous venons d'affirmer que l'instruction générale présente l'aspect d'un règlement (cf. 1^{re} partie, p. 142). Extérieurement, et pour peu, comme il arrive souvent, que les termes de cette instruction soient impératifs, la ressemblance est frappante entre les deux actes.

Le Conseil d'Etat a-t-il aperçu, dès l'origine, cette ressemblance ? Ou a-t-il évolué lentement jusqu'à prendre position par un arrêt de principe ? Et l'évolution, une fois accomplie, s'avère-t-elle définitive, totale et sans restriction ?

Qu'il y ait eu évolution dans la jurisprudence, rien ne le montre mieux qu'une comparaison entre deux textes de M. Hauriou, à près de vingt ans d'in-

(1) Hauriou, *D. A.*, 10^e édit., p. 453.

tervalle. En 1893, cet auteur écrivait : « L'avancement et le classement des fonctionnaires peuvent être réglés par de simples traditions ou de simples circulaires ministérielles. Ils peuvent aussi être réglés par la loi ou par des actes réglementaires, auquel cas la violation des règles peut donner lieu à recours pour excès de pouvoir ». (*D. A.*, 2^e édit., p. 185.) On déduit de là, par un rapide raisonnement *a contrario*, que la violation des règles qui ne résultent que de simples traditions ou de simples circulaires ne peut donner ouverture au recours. Or, dans une note de 1913, au *Sirey*, sous l'arrêt Le Moign (22 mars 1912, S. 1913, 3. 105), M. Hauriou énonçait la proposition inverse : « La violation d'une circulaire prend, au regard du corps de fonctionnaires auxquels cette circulaire s'applique, la valeur d'une violation d'un règlement ou d'une loi ». (Cf. *D. A.*, 10^e édit., p. 453.) Comment expliquer ce revirement dans la doctrine autrement que par un revirement de la jurisprudence dans le même sens ? Mais quelle a été la portée et l'étendue de ce dernier ? S'étend-il à tous requérants ou est-il restreint au « corps de fonctionnaires », régi par la circulaire ? Cette recherche fera l'objet des pages qui vont suivre.

TITRE PREMIER

La jurisprudence ancienne

SECTION PREMIÈRE

LA RÈGLE

CHAPITRE PREMIER

Sa formation et son analyse par la doctrine

On se souvient avoir rencontré, dès 1808, des arrêts du Conseil d'Etat déclarant irrecevable le recours dirigé contre une instruction de service en vue d'en obtenir l'annulation. Dès cette époque, la solution s'avérait particulièrement nette. Les requérants furent également, de bonne heure, tentés d'appuyer les pourvois qu'ils formaient contre un acte quelconque sur la violation d'une instruction présentant un caractère général. Mais, durant de longues années, il est à peu près impossible de savoir comment la jurisprudence du Conseil d'Etat accueillait cette ouverture, les matières contentieuses étant alors fort limitées et le Conseil se retranchant la plupart

du temps, sans distinguer, derrière le pouvoir discrétionnaire.

C'est ainsi que, dans un arrêt De Couso, du 13 mars 1822 (*Recueil*, p. 256), la question est posée mais n'est pas retenue par le Conseil d'Etat. Le colonel de Couso, qui avait démissionné en 1815, défère la décision du Ministre de la Guerre par laquelle celui-ci a refusé, en 1817, de le réintégrer ou de le promouvoir au grade de maréchal de camp : le requérant se fonde sur la violation de diverses ordonnances et sur celle de l'instruction approuvée du 15 septembre 1815. Mais le roi, en son Conseil d'Etat, repousse le recours pour ce motif que les réclamations de concessions de grades militaires ne sont susceptibles, sous aucun rapport, d'être introduites par la voie contentieuse. On ignore donc la tendance jurisprudentielle, s'il en est une, relative au sujet spécial que nous étudions.

A l'occasion de l'arrêt Périès, du 30 juillet 1840 (*Recueil*, p. 265), nous discernons une sorte de doctrine de l'Administration sur ce sujet. Périès, capitaine, ayant été attaché à une compagnie de vétérans sans en avoir fait la demande, contrairement aux prescriptions d'une instruction ministérielle, s'était pourvu contre la décision du Ministre, qui rejetait sa réclamation. Ce qui enlève au recours son intérêt, à notre point de vue de la recevabilité de l'ouverture, c'est que la circulaire en question était postérieure à la mutation du sieur Périès. Cependant, le Ministre, qui pouvait se contenter d'opposer cet argument incontestable, tient de plus à exprimer son avis

doctrinal sur la force obligatoire de l'instruction de service. Celle-ci, déclare-t-il, ne le contraignait pas, lui Ministre, à ne faire passer dans les vétérans que les officiers qui le demandaient. Elle obligeait, au contraire, les inspecteurs à procéder ainsi. C'est affirmer tout au moins que, lui Ministre, n'est pas lié par les instructions générales émanées de ses prédécesseurs ou de lui-même. Mais le roi, en son Conseil d'Etat, se borne à invoquer le pouvoir discrétionnaire : « Il nous appartient, dit-il, de disposer des emplois dans l'armée ».

*
* *

Il est inutile, par conséquent, d'essayer de rien construire sur la base trop fragile des arrêts qui précèdent. Il est permis simplement de constater que les requérants tirent argument de la violation d'une instruction générale, qui leur apparaît tout naturellement comme un règlement obligatoire. C'est là une tendance qui ne fera que se fortifier, si bien que, dans la seconde moitié surtout du XIX^e siècle, le Conseil d'Etat, sur les conclusions des commissaires du Gouvernement, sur les observations des Ministres à l'occasion des pourvois, sera amené, sinon à rendre des arrêts de principe, du moins à se prononcer de façon explicite. Ainsi se formera une jurisprudence dont les auteurs feront même l'analyse doctrinale. C'est ici le lieu de nous reporter à cette analyse, afin de chercher ensuite dans les arrêts sa confirmation.

Laferrière a consacré quelques lignes à la question

(t. II, p. 526 et 527), en la prenant, comme nous l'esquissions plus haut, du double point de vue de la violation des formes et de la violation de la loi.

1^o « Les formalités obligatoires, écrit-il, sont celles qui résultent des lois et règlements. Que décider pour celles qui ne sont prescrites que par des circulaires et instructions ministérielles ? Les Ministres ne possèdent point, en général, le pouvoir réglementaire; les instructions qu'ils donnent, en dehors des cas où ils exercent exceptionnellement ce pouvoir, ne peuvent pas imposer d'obligations aux tiers, elles ne peuvent pas non plus conférer des droits à ces tiers à l'encontre de l'Administration. Ce sont de simples prescriptions hiérarchiques destinées à guider les subordonnés en leur faisant connaître les vues de l'Administration supérieure. L'omission des formalités qu'elles prescrivent ne constitue donc pas un vice de forme pouvant entraîner l'annulation de l'acte... Cette règle ne comporte d'exception que si le Ministre a été exceptionnellement investi d'un pouvoir réglementaire. » Donc, selon Laferrière, l'instruction de service, si générale soit-elle, n'a pas de valeur obligatoire. Seul, le pouvoir réglementaire peut être une source d'obligations pour les tiers et, seul, il peut être pour eux une source de droits à l'encontre de l'Administration. Le pouvoir « instructif » n'a point cette portée, à moins que, par exception, il ne monte d'un degré et ne s'assimile au pouvoir réglementaire.

2^o Amené à revoir la question en définissant l'ouverture constituée par la violation de la loi, Lafer-

rière dénie de même, à l'aide d'un simple raisonnement *a fortiori*, toute force obligatoire, non plus aux formalités prescrites par l'instruction, mais à son fond même. « Les prescriptions qui résulteraient de simples instructions ministérielles ne peuvent, ainsi que nous l'avons vu, créer des droits ou des obligations aux tiers, même en ce qui concerne la forme des actes; elles ne le peuvent pas, à plus forte raison, en ce qui touche le fond du droit. » (*Ibid.*).

En un mot, l'instruction ministérielle n'oblige les tiers ni ne leur crée de droits, ni par les formes qu'elle édicte, ni par son fond, pour cette raison essentielle qu'elle n'a pas le caractère réglementaire. Pourquoi ne l'a-t-elle point ? Parce qu'elle est prise par le Ministre qui ne possède pas, en principe, le pouvoir réglementaire. Ainsi se résume l'analyse doctrinale de Laferrière.

* * *

M. Aucoc semble inspiré du même esprit dans ses « Conférences » de 1878 : « En somme, on doit dire que les Ministres ne peuvent exercer le pouvoir réglementaire que lorsqu'ils y sont autorisés par une disposition de loi ou de règlement d'administration publique. Les règlements faits par les Ministres en dehors d'une délégation expresse, n'auraient aucune autorité à l'égard des citoyens » (p. 123). Les instructions ministérielles sont précisément dans ce cas.

M. Ducrocq, dans son cours de Droit administratif, en 1897, oppose brièvement, sans faire aucune distinction, la loi et le règlement à la décision ministérielle. « L'excès de pouvoir pour vice de forme...

consiste dans l'omission complète ou partielle d'une formalité prescrite dans un acte administratif par une loi ou un règlement, mais non par une simple décision ministérielle» (7^e édit., 1897, t. II, n^o 434, p. 32).

M. Barthélemy, enfin (*Essai d'une Théorie sur les Droits subjectifs des Administrés*, p. 169 et suiv.), déclare que, suivant la jurisprudence du Conseil d'Etat, les circulaires ne peuvent concéder aux administrés de droits au fond. Mais il est nécessaire de noter ici que M. Barthélemy part d'une conception du recours pour excès de pouvoir à laquelle nous ne nous rallions pas. Il interprète, en effet, ses ouvertures comme constituant des voies de droit subjectives. Nous croyons, au contraire, avec M. Hauriou, que le recours pour excès de pouvoir est « une voie de nullité objective et formelle, qui est uniquement pour assurer la bonne administration; elle n'est pas pour faire valoir des droits subjectifs des administrés ». (*D. A.*, 10^e édit., p. 423, note 1.) Une discussion sur ce sujet nous ferait d'ailleurs sortir du cadre de notre matière.

Afin de rester dans ce cadre, et après avoir rassemblé d'éminentes opinions, ouvrons le *Recueil* des arrêts du Conseil d'Etat, à partir de 1840 (arrêt Périès). Nous essaierons d'y découvrir des solutions expresses, à défaut, des solutions implicites. Mais comme, fort probablement, nous nous heurterons à des exceptions, il nous faudra en dégager la portée et la signification précises. Nous le tenterons.

CHAPITRE II

Les arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat repousse expressément l'ouverture

Ces arrêts, sans doute, ne sont pas nombreux et, en dépit d'une recherche attentive, nous n'avons pas été plus heureux que les auteurs cités plus haut, ni que notre prédécesseur, M. Grélat. Mais si le Conseil d'Etat ne s'est pas plus souvent prononcé en termes formels, c'est peut-être précisément parce que, par la netteté même des arrêts dans lesquels il l'a fait, il retirait aux requérants éventuels toute velléité de se fonder ouvertement, pour demander l'annulation d'un acte administratif, sur la violation d'une instruction générale.

* * *

a) C'est ainsi qu'en 1853, intervient, le 30 juin, l'arrêt Dumas (*Recueil*, p. 656). La mise à la retraite d'office d'un officier est entachée, selon l'intéressé, d'un vice de forme qui consiste en ce qu'elle aurait été prononcée sans l'avis préalable de son chef de corps. Cet avis préalable apparaît comme une formalité que l'on peut bien qualifier de substantielle. Or, il

était prescrit, non par une loi, non par un règlement, mais par de simples instructions ministérielles. Le Conseil d'Etat déclare, on ne peut plus explicitement :

« Sur le moyen tiré de ce que les formalités prescrites par les instructions ministérielles n'auraient pas été accomplies — considérant qu'*alors même qu'il serait établi qu'on n'aurait pas complètement observé les formes indiquées dans les instructions ministérielles, la seule inobservation de ces formes ne peut entraîner la nullité de la décision qui a mis d'office le sieur Dumas à la retraite.* »

Nous croyons qu'il est difficile de se montrer plus net, et nous ne nous arrêterions pas plus longtemps sur cet arrêt, si M. Grélat n'avait cru découvrir, au contraire, dans les termes précités, une ambiguïté singulière. Le Conseil d'Etat, selon lui, ne se résolvait qu'à contre-cœur « à opposer une fin de non-recevoir qui apparaît, en quelque sorte, comme un déni de justice. Ces hésitations se traduisent dans l'incertitude, dans la duplicité, pourrait-on dire, des termes employés, qui, ni affirmatifs, ni négatifs, se retranchent dans une savante et indécise ambiguïté. » (Grélat, Thèse, p. 767.)

A quels termes M. Grélat fait-il allusion ?

D'abord au conditionnel « *alors qu'il serait établi* », qui lui semble un signe certain d'indécision. Mais il importe de voir l'ensemble de l'arrêt : le Conseil repousse d'abord un premier moyen tiré de ce que l'admission d'office à la retraite du sieur Dumas aurait été prononcée en violation des lois de 1831, 1832 et 1834; reste le second moyen, tiré de ce que les

formalités prescrites par les instructions ministérielles n'auraient pas été accomplies. Or, ce dernier fait n'est pas démontré; aussi bien le Conseil juge inutile de l'établir puisque, à le supposer établi, il ne serait pas d'un poids suffisant pour faire annuler l'acte attaqué. « Alors même qu'il serait établi », loin de déceler l'indécision, manifeste, au contraire, la fermeté du Conseil, dans sa fin de non-recevoir du moyen indiqué.

M. Grélat ajoute : « Mais que penser de ce « pas complètement » ? Alors si l'inobservation des formes instructionnelles avait été complète, le recours aurait été déclaré recevable. Mais pourquoi cette exigence d'une inobservation complète et comment faut-il l'entendre ? » (Thèse, p. 768). Nous omettons quelques lignes qui suivent, et dans lesquelles l'auteur creuse davantage encore une difficulté qui, selon nous, n'existe pas. Ce « pas complètement » est un peu un mot d'indulgence qui suppose que l'inobservation, si elle a existé, a été partielle; que l'on n'a pas — de parti pris — violé toutes les formes que l'instruction prescrit. Il répond tout simplement à cette tendance générale qui pousse le Conseil d'Etat à adoucir ses arrêts, à y tenir compte des contingences.

M. Grélat s'attaque enfin au petit mot « seul » : « La seule inobservation des formes... » qu'est-ce que cela peut bien signifier ? « Alors l'inobservation incomplète des formes instructionnelles, mais à laquelle vient s'ajouter quelqu'autre inobservation, va donner ouverture au recours. Mais quelle sera cette autre inobservation dont va dépendre le recours ?

La faudra-t-il presque assez importante pour qu'elle suffise à elle seule à forcer les portes du Conseil statuant au contentieux ? Ou sera-t-elle la goutte qui fait déborder le vase ? » (Thèse. p. 769). Toute cette discussion est, croyons-nous, inutile : il n'est pas question que quelque autre inobservation vienne, pour ouvrir le recours, s'ajouter à celle des formes. Ou, dans ce cas, ce seront uniquement les autres irrégularités, et non pas l'inobservation de l'instruction de service, qui l'ouvriront. Le mot « seule » n'est probablement qu'une allusion et un renvoi au premier moyen invoqué par Dumas : l'inobservation de certaines lois. Ce moyen rejeté, il subsiste celui de violation des formes prescrites par l'instruction, et lui seul. Or, il ne peut être retenu à l'effet d'entraîner l'annulation du décret.

Au reste — sans discuter le sens des mots pris isolément — nous croyons qu'après avoir lu d'un trait et sans idée arrêtée d'avance, le texte de l'arrêt Dumas, il apparaît impossible de souscrire à ces deux affirmations de M. Grélat : à savoir que, par cet arrêt, le Conseil d'Etat reconnaît :

1^o « Que l'instruction, envisagée dans son ensemble comme un bloc, est juridiquement obligatoire en ce sens qu'il est impossible de la violer totalement sans s'exposer à l'annulation. Ses diverses parties seulement, considérées isolément, n'ont pas cette force obligatoire et peuvent être violées impunément. »

2^o « Que l'inobservation de certaines formalités seulement prescrites par une instruction, peut donner ouverture au recours pour excès de pouvoir, si cette

inobservation s'accompagne d'autres irrégularités.» (Thèse, p. 769, 770.)

Nous déduisons, au contraire, de l'arrêt Dumas ce qui suit : une instruction générale, qui assure des garanties à des fonctionnaires par les formalités substantielles qu'elle prescrit, n'est nullement obligatoire à l'égard de ces fonctionnaires. Ceux-ci ne peuvent fonder un recours pour excès de pouvoir sur la violation des formes qui y sont édictées.

b) Un propriétaire riverain défère au Conseil d'Etat un acte du préfet, pris en violation d'une forme prescrite par une instruction générale. Le Conseil d'Etat repousse l'ouverture d'une façon parfaitement explicite et affirmative, sans équivoque possible, dans le célèbre arrêt Champy, que tous les auteurs citent comme l'arrêt-type en la matière.

Champy attaquait un arrêté préfectoral qui revisait certains règlements sur l'usage des eaux; le préfet avait statué dans l'intérêt privé d'un propriétaire et, de plus, n'avait pas demandé l'autorisation de l'Administration supérieure, du Ministre en l'occurrence, ainsi que le lui prescrivaient deux circulaires de 1851 et 1857. Champy obtient gain de cause sur le chef de détournement de pouvoir : en statuant sur une contestation privée, le préfet a excédé la limite de ses pouvoirs. Mais, sur le chef de violation des circulaires, le Conseil d'Etat décide au contraire :

« Considérant que si les circulaires ministérielles précitées déclaraient qu'il convenait qu'aucune demande en revision d'anciens règlements ne fût soumise aux enquêtes avant que l'Administration

supérieure eût été d'abord consultée, *ces circulaires ne constituaient qu'une instruction adressée par l'Administration à ses agents, dont l'inobservation ne pouvait donner droit aux parties de faire annuler les arrêtés pris par le préfet du département des Vosges.*» (19 mars 1868, *Recueil*, p. 325.)

M. Jèze écrit, en 1906 (1), qu'en « généralisant la doctrine de cet arrêt, on en a conclu que l'inobservation des formes prescrites par des circulaires et instructions ministérielles n'est pas une cause de nullité de l'acte ».

c) Le Conseil d'Etat statuait encore en termes semblables dans l'arrêt Olivier (15 décembre 1905, *Recueil*, p. 941). Il y donnait même la raison juridique pour laquelle le requérant, ancien capitaine d'infanterie coloniale, ne pouvait se prévaloir de la violation de l'instruction de service :

« Considérant que l'instruction dont il s'agit *ne présente aucun caractère législatif ou réglementaire*; que, *par suite*, l'inobservation des prescriptions qu'elle contient ne saurait donner lieu à un recours contentieux. »

Dans la rédaction même de l'arrêt (« considérant que... par suite »), le Conseil s'attache à dégager le lien de cause à effet qui existe entre l'absence de caractère législatif ou réglementaire de l'instruction et son absence de force obligatoire. Rien ne saurait mieux montrer que la doctrine de Laferrière conserve encore toute sa vigueur en 1905. Il convient seulement

(1) *Revue de Droit public*, p. 246 et suiv.

de noter une tendance du Conseil d'Etat à opérer un choix entre les instructions: le haut tribunal semble spécifier que c'est à l'« instruction » *dont il s'agit* qu'il refuse le caractère législatif ou réglementaire. Observons que ce n'est là qu'une nuance infime en 1905, nuance vraisemblablement due aux précédents que des arrêts antérieurs avaient créés, ainsi qu'on le verra plus loin, en reconnaissant exceptionnellement un caractère sinon législatif, du moins réglementaire, à certaines instructions, très rares d'ailleurs et toujours les mêmes.

* * *

Après avoir extrait de la jurisprudence les trois arrêts précités, qui donnent incontestablement des solutions formelles, et avant de rechercher les arrêts dont les termes plus déguisés ne laissent place qu'à des solutions implicites, nous citerons comme une sorte de transition, entre ces deux groupes, un arrêt Mabile, du 7 décembre 1883 (*Recueil*, p. 889). Le requérant invoque formellement le moyen tiré de la violation de l'instruction; le Conseil d'Etat reprend formellement ce moyen; mais, à la différence de l'arrêt Dumas, de l'arrêt Champy, de l'arrêt Olivier, notre arrêt Mabile reste muet sur la valeur de l'instruction, sur l'importance que peut avoir ou ne pas avoir l'inobservation de son fond ou celle des formes qu'elle prescrit. En d'autres termes, le Conseil d'Etat n'oppose pas ici au moyen une fin de non-recevoir tirée du caractère même d'instruction. Il examine en elle-même la prescription contenue dans cette

instruction, il constate que la loi ne l'exige pas et cela suffit pour qu'il ne retienne pas le moyen invoqué.

Voici d'ailleurs les faits et l'arrêt lui-même :

Un contribuable déférait au Conseil d'Etat un arrêté lui imposant des prestations. La taxe des prestations avait été votée, prétendait-il, contrairement aux prescriptions de l'instruction générale du 24 juin 1836. « Sur le moyen tiré de la violation de cette instruction », le Conseil statue comme suit :

« Considérant que, s'il appartenait au Ministre de l'Intérieur, dans l'intérêt d'une bonne administration, d'inviter les conseils municipaux à voter chaque année, dans leur session financière, les impositions nécessaires pour l'année suivante, aucune disposition de loi n'a mis cette restriction aux droits que les conseils municipaux tenaient de l'article 2 de la loi de 1836. »

Ainsi, et implicitement, une instruction générale peut bien conseiller, donner des directives à des assemblées délibérantes, mais si ces conseils et ces directives ne sont pas suivis, cette inobservation n'ouvre pas le recours juridictionnel. Pour imposer au conseil municipal l'obligation de procéder de telle ou telle façon, alors que la loi en vigueur le laisse libre, il faudrait une nouvelle disposition légale. On en déduit, mais cela n'est pas énoncé formellement, qu'une simple instruction est impuissante à restreindre les droits d'une assemblée délibérante. A plus forte raison, un tiers ne peut-il se plaindre de l'inobservation de ce texte par l'assemblée, qui n'est pas tenue légalement de se conformer à ses dispositions.

CHAPITRE III

Les arrêts d'où ne découlent que des solutions implicites.

Une difficulté d'interprétation des arrêts relatifs à notre matière réside dans cette particularité que, fréquemment il n'y est pas fait allusion à la circulaire ou à l'instruction générale dans les termes mêmes. L'arrêt Mabilie qui précède reprenait du moins explicitement le moyen invoqué d'ailleurs formellement par le requérant et tiré de la violation de l'instruction. Or il arrive, à maintes reprises, que ceux-là mêmes qui sollicitent l'annulation d'un acte quelconque, en se fondant sur une irrégularité, une atteinte à leurs droits, laquelle à leurs yeux découle évidemment de l'inobservation d'une circulaire, négligent ou évitent d'invoquer comme moyen cette inobservation. C'est au Conseil d'Etat à découvrir sur quel fondement ils s'appuient pour arguer l'acte attaqué d'irrégularité. Mais, l'ayant effectivement découvert, le Conseil s'abstient lui-même de repousser explicitement la circulaire qui, au fond, est à la base du recours. Il se borne à déclarer que du moment qu'aucune disposition de loi ou de règlement ou, plus simplement, aucun texte, n'exigent telle condi-

tion de fond et de forme, l'acte attaqué ne saurait être annulé. C'est laisser entendre implicitement, mais sans équivoque possible, qu'une circulaire ne saurait s'assimiler à un règlement et qu'il n'y a donc pas à tenir compte du fait que l'Administration l'a violée.

Nombreux sont les exemples jurisprudentiels qui viennent à l'appui de ce qui précède.

1^o Un capitaine de vaisseau admis, par un arrêté, à faire valoir ses droits à la retraite à l'âge de 53 ans, se pourvoit contre cet arrêté. Par diverses circulaires, le Ministre de la Marine avait, en effet, précédemment décidé qu'il n'admettrait pas d'office les officiers à la retraite avant l'âge de 60 ans. Le commissaire du Gouvernement fait observer que ce sont là des *règlements tout intérieurs*. Ils sont faits pour établir de l'uniformité et de l'harmonie dans les opérations des différents bureaux du Ministre, mais ils ne sauraient constituer un droit pour les officiers. Le Conseil d'Etat résume ainsi cette argumentation :

« Considérant qu'aucune loi n'impose au Ministre de la Marine l'obligation de maintenir en activité l'officier qui a acquis son droit à la retraite aux termes de la loi de 1831. » (Béchameil, 16 avril 1851, *Recueil*, p. 273.)

La solution, ici n'est évidemment qu'implicite, bien que très nette. Le Conseil dit : la loi ne créant aucune obligation, je ne puis annuler l'acte qui n'a pas violé de disposition légale. Il ne dit pas : je refuse d'annuler l'acte qui n'a violé qu'une simple circulaire, comme il le dira, en 1868, dans l'arrêt Champy.

2^o Ainsi, seule une violation de la loi peut être prise en considération. Plus large, l'arrêt suivant prévoit également la violation du règlement et donne la formule qu'on ne cessera ultérieurement de retrouver : « Considérant qu'aucune disposition de loi ou de règlement, etc... ».

La ville de Bayeux s'était pourvue contre deux arrêtés par lesquels le préfet avait approuvé l'état de répartition des ressources. Ces arrêtés mettaient à la charge de la ville une certaine somme représentant son contingent dans les frais relatifs à quatre routes départementales, routes que le conseil général avait classées comme chemins vicinaux après déclassement préalable. Or, ce déclassement avait été opéré sans qu'on eût fait procéder à une enquête, ainsi que la loi le prescrit quand il s'agit non de déclassement mais de classement. Ce n'était point par pure analogie et pour les besoins de sa cause que la ville prétendait exiger, dans les deux cas, la même formalité. Le Ministre de l'Intérieur s'était prononcé en ce sens. avec une force singulière, dans sa circulaire du 8 octobre 1871 : « La loi du 20 mars 1835, qui exige que le classement d'une route départementale nouvelle soit précédé d'une enquête, demeure en vigueur, et, par analogie, *on ne comprendrait pas* qu'une ligne fût déclassée sans que les intéressés eussent été appelés à produire leurs réclamations ». Le Ministre ajoutait, comme s'il prévoyait qu'on lui opposerait le peu d'importance de l'enquête : « Pour toutes ces opérations, qui touchent de si près au développement de l'agriculture, du

commerce et de l'industrie, *l'enquête n'est pas une formalité vaine* : c'est un appel aux populations qui, ayant en définitive à supporter la dépense, ont assurément le droit de donner leur avis sur l'utilité des entreprises projetées»(1). Nous trouvons ici en germe une distinction entre les formalités sans conséquences, « vaines », et celles que l'on pourrait qualifier d'essentielles, ou plus juridiquement de substantielles. L'enquête est une formalité substantielle, telle est la conviction du Ministre. Le Conseil d'Etat ne pense peut-être pas autrement, mais il n'estime pas que, dans le silence de la loi, une simple circulaire puisse imposer de restriction aux droits des conseils généraux. Voici les termes de l'arrêt :

« Considérant que le Conseil général statue définitivement sur le déclassement des routes départementales et que, si la loi du 20 mars 1835 exige que le classement des voies de cette catégorie soit précédé d'une enquête, *aucune disposition de loi ou de règlement* n'a exigé que le déclassement soit précédé de cette formalité. » (10 novembre 1876, S. 1878. 2. 341, *Recueil*, p. 811.)

Cette insistance du Conseil à dénier tout caractère obligatoire à la circulaire est particulièrement frappante dans le cas envisagé, où vraiment celle-ci disposait avec une sagesse évidente et venait réparer fort heureusement une lacune ou un oubli de la loi. On trouve, dans le *Recueil* des arrêts du Conseil d'Etat, cette note du rédacteur, révélatrice de sa façon de

(1) Sirey, *Lois annotées*, 1871-1875 p. 90, §§ 6 et 8.

penser : « *Il est regrettable que la loi ne protège pas plus efficacement les intérêts que cette circulaire très sage voulait ménager* ».

3^o Se présentant d'une façon un peu semblable, des arrêts du 4 décembre 1883, de Lacroix, et du 19 février 1897, de Perthuis, mettent en jeu, à l'occasion de la circulaire, une catégorie d'administrés un peu spéciale : les notaires. Si les auteurs ne sont point d'accord sur leur exacte situation juridique, ils admettent du moins qu'il existe un lien certain entre l'Administration et eux, bien qu'ils ne soient pas soumis au pouvoir hiérarchique. Disons, avec M. Hauriou (1), que ce lien se présente avec l'apparence d'un lien de tutelle, peu importe. L'essentiel, pour nous, est de savoir si le Conseil d'Etat n'accordera pas une certaine valeur obligatoire aux circulaires susceptibles d'intervenir à l'effet de régler la situation, les devoirs, les droits de ces notaires. A cette question, les deux arrêts précités répondent par la négative.

C'est d'abord l'arrêt de Lacroix, de 1883 (S. 1885. 3. 63) :

Lorsqu'il y a lieu de statuer sur la réaction d'une nouvelle étude ou sur le déplacement d'une étude ancienne, des circulaires ministérielles prescrivent à l'Administration de consulter la Chambre des Notaires, qui entend les observations de ceux de ses membres que le changement intéresse. Fort de ces circulaires,

(1) Note sous l'arrêt Chambre des Notaires d'Issoire, de 1916. S. 1918-1919, 3. 17.

M. de Lacroix, notaire à Evron, s'était pourvu contre un décret autorisant M. Guéranger, notaire à Voutré, à transférer sa résidence à Evron. Le requérant se fondait sur ce que le Gouvernement ne s'était pas entouré de tous les renseignements et de tous les avis nécessaires. L'inobservation de ces formalités suffisait, selon lui, à entraîner l'annulation du décret. Le Conseil d'Etat ne pense pas de même :

« Sur le grief tiré de ce que le décret précité n'aurait pas été précédé de l'avis des autorités compétentes : considérant qu'*aucune disposition législative ou réglementaire* n'a prescrit des formalités spéciales; que, par suite, le sieur de Lacroix ne peut demander, pour ce motif, l'annulation du décret attaqué. »

C'est ensuite l'arrêt de Perthuis, de 1897 (S. 1898. 3. 65).

Une circulaire du Garde des Sceaux indique qu'au cas de suppression d'un office notarial, l'indemnité qui est due au titulaire de l'office, et dont la charge doit être répartie entre les notaires à qui la suppression est susceptible de profiter, ne peut cependant incomber en totalité ou pour une part à des notaires situés dans un canton voisin. Des notaires qui, se trouvant dans ce cas, se sont cependant vu imposer une contribution, attaquent le décret qui la leur impose. Le Conseil d'Etat les déboute, parce qu'il ne résulte « *d'aucun texte* que cette répartition ne puisse être opérée qu'entre les notaires du canton où la suppression a eu lieu ». Ce refus implicite d'assimiler la circulaire à un règlement obligatoire n'est pas douteux, et une note au *Sirey*, de M. Hauriou,

sous l'arrêt de Perthuis, en souligne pour nous la signification : « L'instruction du Garde des Sceaux... était une simple circulaire ministérielle, et il n'est pas admis en principe, chez nous, que des circulaires ou instructions ministérielles il résulte des droits pour les administrés ».

CHAPITRE IV

Une question corrélatrice : l'instruction générale, qui ne crée pas de droits aux administrés, leur impose-t-elle des obligations ?

Lorsqu'au vu de la jurisprudence nous constatons, avec M. Hauriou, qu'il « n'est pas admis en principe... que des circulaires ou instructions ministérielles, il résulte des droits pour les administrés », par le mot « droits » nous n'entendons pas des droits subjectifs, inhérents au sujet, à l'administré, droits dont celui-ci réclamerait le respect et poursuivrait l'accomplissement par la voie du recours pour excès de pouvoir. C'est pourtant en ce sens que l'interprète M. Barthélemy (1), quand il parle des droits aux formes et aux compétences. Pour nous, ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de l'affirmer en passant, il ne peut être question, en matière de recours pour excès de pouvoir, que de droits objectifs, l'objet étant la bonne administration. Ceci posé, il est naturel et dans la suite des idées de se demander si, ne créant pas de droits, objectifs sans doute, mais ouvrant, à coup sûr, le recours pour excès de pouvoir, l'ins-

(1) Op. cit., thèse 1899, cf. supra, p. 194.

truction générale peut créer des obligations susceptibles de trouver, devant les tribunaux administratifs, leur sanction au même titre que celles qui découlent des règlements en vigueur. *A priori*, il semble que le Conseil d'Etat ne l'admettra pas non plus.

C'est ainsi que résolvant le problème, soit à l'égard de simples administrés, et c'est ici que la question souffre le moins de difficultés, soit à l'égard d'assemblées délibérantes, et c'est plus délicat, le Conseil d'Etat décide :

1^o Qu'un préfet ne peut, en s'appuyant sur une circulaire, imposer par arrêté à un propriétaire de mines une obligation pécuniaire qui ne découle pas de la loi ou du règlement. (Solleux, 9 mars 1888, S. 1890. 3. 17.)

« *Aucune disposition de loi ou de règlement ne l'autorisait à imposer par arrêté au sieur Solleux l'obligation de rembourser...* »

Or, c'était une circulaire du Ministre de l'Intérieur, en date du 12 décembre 1881, qui avait invité les préfets à insérer dans leurs arrêtés une clause en ce sens.

2^o Qu'un conseil de préfecture ne peut, sur la foi d'une circulaire, refuser à un israélite algérien, naturalisé français, décharge d'une imposition qui frappe les indigènes, mais non les citoyens français. (Kalfallah-Assoun, 28 novembre 1879, S. 1881. 3. 19)

« *Aucune disposition législative ou réglementaire n'a étendu ces impôts aux citoyens français.* » Or, une circulaire du Gouverneur général de l'Algérie, en date du 3 août 1879, prescrivait de comprendre,

dans le rôle des impôts arabes, les naturalisés israélites ou musulmans.

On peut élever ici l'objection suivante : les prescriptions contenues dans les circulaires implicitement visées par les deux arrêts précédents, non seulement ne découlent pas de la loi, mais sont même contraires à la loi (cf. pour Solleux, 1^{re} partie, chapitre III, p. 36). Comment pourraient-elles, en tout état de cause, conserver une valeur obligatoire ? Mais nous allons montrer immédiatement que, même en dehors de toute illégalité, la solution reste identique. En effet, le Conseil a jugé également :

1^o Qu'une instruction générale du Ministre de l'Intérieur, prise évidemment dans un intérêt de bonne administration, ne peut cependant obliger un conseil municipal à voter la taxe des prestations à telle époque ou à telle autre, *aucune disposition de loi* n'ayant « mis cette restriction aux droits que les conseils municipaux tenaient de l'article 2 de la loi de 1836 ». (Mabille, 7 décembre 1883, déjà vu.)

2^o Qu'une circulaire du même Ministre, bien que très sage et protégeant des intérêts légitimes, ne peut davantage astreindre le Conseil général à faire procéder à une enquête avant le déclassement d'une route départementale, *aucune disposition de loi ou de règlement* n'ayant exigé cette enquête. (Ville de Bayeux, 10 novembre 1876, déjà vu.)

C'est à dessein que nous reprenons, dans ce chapitre, deux arrêts caractéristiques étudiés plus haut comme exemples de la violation de l'instruction générale invoquée à l'appui d'un recours juridic-

tionnel. Rien ne montre mieux la corrélation qui existe entre ces deux propositions : l'instruction générale ne crée pas de droits ; l'instruction générale n'impose pas d'obligations. Elle ne crée pas de droits à l'un, soit par exemple à la ville de Bayeux requérante, parce que ce serait précisément impliquer qu'elle crée une obligation à la charge de l'autre, le Conseil général, ce qu'elle est impuissante à faire dans le silence de la loi ou du règlement. C'est le point de vue de l'obligation qui domine ces arrêts.

*
* *

Plus typique encore, voici l'arrêt Teste de Buch, du 22 mai 1896 (S. 1898. 3. 74), où seul ce point de vue, indépendamment toujours de toute question d'illégalité de l'instruction, est considéré. Les faits sont les suivants :

Des circulaires ministérielles de 1834 et 1835 prescrivent au conseil municipal de procéder au règlement de l'exercice clos, qui comprend l'approbation du compte administratif du maire, avant de voter le budget supplémentaire de l'exercice courant. Un préfet, fort de ces instructions générales, annule d'abord, pour défaut de majorité, la délibération approuvant le compte administratif du maire de la Teste de Buch ; puis, par voie de conséquence (1),

(1) Puisque la délibération précédente étant nulle, le règlement de l'exercice clos n'avait pu être mené à bien.

il annule la délibération lui succédant et relative au budget additionnel. Le souci évidemment de la bonne administration, dont s'inspirait la circulaire, implique qu'il faut avoir apuré l'exercice clos pour savoir avec précision ce qu'on doit reporter au budget supplémentaire. Mais la loi n'en demande pas tant, elle oblige simplement le maire à présenter son compte avant le vote du budget.

L'inobservation de la mesure prescrite par la circulaire ne saurait donc entraîner la nullité de droit de la délibération. Le pouvoir de tutelle du préfet pouvait lui permettre de refuser son approbation au budget supplémentaire, en vertu et au nom des circulaires précitées, mais non d'annuler la délibération relative à ce budget, en l'absence de toute violation d'une loi ou d'un règlement d'administration publique. Le Ministre de l'Intérieur lui-même émit un avis en ce sens : « S'il appartenait à l'Administration préfectorale d'ajourner l'approbation du budget supplémentaire jusqu'à ce que le conseil municipal eut statué régulièrement sur le compte, il ne semble pas bien établi qu'elle eut le droit de prononcer l'annulation de la délibération intervenue sur le dit budget ».

Par conséquent, dans la sphère du pouvoir de tutelle, les circulaires ne peuvent imposer aux personnes collectives qui sont soumises à ce pouvoir, des obligations sanctionnées par la nullité juridique.

* *

Nous sommes arrivés ainsi à la sphère du pouvoir

hiérarchique. L'instruction de service apparaît alors comme créatrice d'obligations à la charge du fonctionnaire, puisqu'elle est la manifestation du pouvoir auquel il doit obéir. Il semble que la corrélation entre les droits et les obligations ne puisse plus exister ici, où il n'y a plus en présence deux personnes autonomes. Les communes, les départements et les organes délibérants qui les représentent, bien que soumis à la tutelle, restent des personnes autonomes. Tandis que le pouvoir hiérarchique « s'analyse en une autorité absolue du chef sur le subordonné, au point de vue de ce qui intéresse l'exécution de la fonction ». (Hauriou, *D. A.*, 10^e édit., p. 104.)

Notons soigneusement ces termes : « au point de vue de ce qui intéresse l'exécution de la fonction ». Qu'est-ce à dire sinon que, dans tout ce qui ne concerne plus la fonction elle-même, dans tout ce qui touche à la situation personnelle du fonctionnaire, il n'est plus sous l'autorité absolue du chef. Est-il admissible que la circulaire qui ne peut, au point de vue de sa situation personnelle, lui créer des droits (Béchameil, Dumas), soit susceptible de lui imposer par contre des obligations auxquelles il ne puisse se soustraire. Le Conseil d'Etat ne l'a pas pensé et l'arrêt Fayard, du 29 juillet 1898, commenté magistralement par M. Hauriou au *Sirey* (S. 1899. 3. 49) en apporte la preuve.

Fayard, juge suppléant, avait remplacé par intérim, durant quinze jours, un juge décédé. En conséquence, il demande le traitement de la fonction de juge. Or, il est de pratique constante que le magis-

trat intérimaire adresse à la Chancellerie une demande de délégation de traitement au cours de son intérim, et une circulaire ministérielle du 18 décembre 1878 le prescrit formellement. Le Garde des Sceaux rejette donc la demande de Fayard, pour ce motif qu'elle n'a pas été faite pendant la période intérimaire. Fayard attaque la décision de rejet du Ministre devant le Conseil d'Etat, en se fondant sur ce que la loi n'a pas prévu de restriction au droit qu'un magistrat possède de toucher le traitement affecté à la fonction qu'il a remplie par intérim. Le Conseil donne gain de cause au requérant et, par là, affirme une fois de plus que, lorsque la loi ou le règlement ne subordonnent pas formellement à une condition restrictive l'exercice des droits, une simple circulaire est impuissante à produire par elle-même ce résultat.

« Considérant qu'*aucune disposition de loi ou de règlement* n'obligeait le sieur Fayard à former au cours de son intérim sa demande... qu'il y a lieu, dès lors, d'annuler les décisions du Ministre de la Justice. »

M. Hauriou, frappé de ce qu'à première vue l'arrêt précédent semblait admettre qu'un fonctionnaire, soumis au pouvoir hiérarchique, dépendant d'une direction du personnel qui est au Ministère de la Justice, fût en droit de discuter les circulaires de ses supérieurs, a eu, dès 1899, l'intuition qu'une distinction s'imposait suivant le contenu même de ces circulaires. Peut-être gardait-il en mémoire un arrêt, non plus des tribunaux administratifs, mais de la Cour de Cassation, l'arrêt du 15 juin 1882,

Procureur général contre Gagan (S. 1882. 1. 19), qui tranchait une question d'apparence analogue, posée également à propos de magistrats de l'ordre judiciaire. Cet arrêt énonçait en substance que le président d'un tribunal qui, contrairement aux instructions des circulaires du Ministre de la Justice, prononce une allocution à l'occasion de l'installation d'un procureur de la République, encourt une peine disciplinaire. Il est évident qu'ici nous nous trouvons en effet en présence d'une faute contre la discipline. Mais il n'en va pas de même dans le cas de Fayard. Est-ce une faute contre la discipline de ne pas former à temps une demande de délégation de traitement? Non, sans doute.

Et, par contre, les traitements publics constituent pour les fonctionnaires un droit acquis pour les services faits. Il serait injuste qu'une circulaire, dont la force doit s'arrêter aux limites du service, pût les priver de ce droit, qui est précisément un élément de leur situation personnelle. C'est cette mise au point que le Conseil d'Etat tend à opérer dans l'arrêt Fayard. Citons M. Hauriou :

« Ce qu'il est intéressant de noter ici, c'est qu'une circulaire adressée à des fonctionnaires et contenant des dispositions relatives à leur situation personnelle est incapable de modifier cette situation en ce qu'elle a de juridique, parce que, *en ce qui concerne leur situation personnelle et les profits de leurs fonctions, les fonctionnaires sont des administrés*. Au point de vue de leurs droits acquis, la circulaire ne leur est pas plus opposable qu'aux autres administrés. Elle

est obligatoire pour eux en tant qu'ils sont fonctionnaires, mais non pas en tant qu'ils sont administrés.»

Il faut que la jurisprudence soit bien fixée à l'égard des administrés pour que le savant auteur, voulant arracher, dans une certaine mesure, un fonctionnaire à l'emprise du pouvoir hiérarchique se manifestant par voie de circulaire, ait tout naturellement été amené à rechercher jusqu'à quel point le fonctionnaire peut demeurer un simple administré, ce qui a pour effet de le soustraire immédiatement, automatiquement, pourrait-on dire, aux obligations que la circulaire prétend lui imposer.

*
* *

Il est caractéristique que M. Hauriou ait aperçu, en poursuivant le commentaire de l'arrêt Fayard, combien la question des obligations, susceptibles ou non de découler d'une simple circulaire, est corrélative à celle des droits pouvant ou non résulter du même acte, et qu'en même temps, comme s'il souhaitait que cette corrélation perdît de sa rigueur au profit des droits, il ait pris soin de réserver l'avenir. Nous faisons allusion au contenu des lignes suivantes :

« Observons, en ce qui concerne les circulaires, que si elles ne peuvent ajouter aux obligations des administrés, elles ne peuvent pas davantage constituer des droits acquis en leur faveur pour les avantages qu'elles leur confèrent. »

Nous trouvons là l'affirmation de la corrélation existante. Et voici, en quelques mots, le souhait timide, exprimé sous forme d'atténuation au prin-

cipe posé : « Du moins cela n'a pas été admis jusqu'à présent ».

Jusqu'à présent ! Nous sommes en 1898. Le revirement jurisprudentiel que nous avons fait incidemment prévoir se place, comme nous l'exposerons dans la suite, vers 1907-1909. A partir de ces dates, les circulaires vont-elles « constituer des droits acquis » en faveur des administrés, « pour les avantages qu'elles leur confèrent » ? Telle est la question posée. Et, par réciprocité, les circulaires pourront-elles « ajouter aux obligations des administrés », en échange des droits acquis qu'elles seront désormais à même de leur conférer ? Telle est la question corrélatrice.

Mais, avant de résoudre l'une et l'autre, il y a lieu de rechercher si la jurisprudence que nous venons d'étudier est absolue et ne comporte pas d'exceptions.

SECTION II

LES EXCEPTIONS

CHAPITRE PREMIER

**L'arrêt Gaunard, du 15 juin 1864 :
Une instruction générale, de valeur exceptionnelle**

Reprenons l'ouvrage de Laferrière, qui résume la doctrine et la jurisprudence relatives à la phase première de notre étude. Cet auteur, après avoir posé la règle que les circulaires ne peuvent ni imposer des obligations aux tiers ni leur conférer des droits, admet une exception dans le cas où le Ministre aurait été investi d'un pouvoir réglementaire, qu'il exercerait précisément par voie de circulaire. Or, il est certain que si Laferrière fait cette restriction, il y est amené par le souvenir du célèbre arrêt Gaunard, du 15 juin 1864 (*Recueil*, p. 57), qui a considéré comme exceptionnellement obligatoire une circulaire prescrivant une enquête. Il importe de s'arrêter quelque peu sur cet arrêt, intéressant non seulement en lui-même, mais aussi et surtout par les conclusions

du commissaire du Gouvernement qui l'ont précédé et inspiré dans une certaine mesure qu'il s'agira de déterminer. Ces conclusions essayent, en effet, d'établir une distinction précise, applicable à toutes les circulaires, et susceptible de servir de critérium de leur valeur devant le Conseil d'Etat.

La matière des autorisations de barrage sur les rivières navigables et flottables faisait l'objet du litige. L'article 9 de l'arrêté du Gouvernement du 19 ventôse, an VI, enjoint aux administrations « qu'il ne soit établi... un obstacle quelconque au libre cours des eaux dans les rivières navigables ou flottables... sans en avoir préalablement obtenu la permission de l'Administration centrale ». Mais, pour protéger efficacement les intérêts aussi bien du propriétaire intéressé que ceux des autres riverains, une instruction ministérielle du 19 thermidor, an VI, est venu compléter comme suit l'arrêté précédent :

« Cette permission ne sera accordée qu'après que l'Administration municipale aura fait procéder à une *enquête* de vingt jours. »

Gaunard, propriétaire riverain, qui avait sollicité l'autorisation d'établir un barrage, se la vit refuser par arrêté préfectoral, sans qu'il eût été procédé à l'enquête prescrite. Il déféra au Conseil d'Etat l'acte du préfet : « Plaise annuler, pour incompétence, *violation des formes prescrites par les lois et règlements...* par les motifs que...; 2^o l'arrêté attaqué n'avait pas été précédé des formalités prescrites par l'instruction du 9 thermidor, an VI ».

On s'attendrait à ce que le Conseil d'Etat déclarât

expressément qu'on ne saurait assimiler à une violation des formes réglementaires, moyen valable à l'appui du recours pour excès de pouvoir, la violation d'une simple instruction générale — ou se contentât d'opposer implicitement « qu'aucune disposition de loi ou de règlement » n'exige l'accomplissement de telles formalités.

En fait, le Conseil d'Etat statue explicitement, mais nullement dans le sens prévu :

« Vu l'instruction du 19 thermidor, an VI, portant que, lorsqu'une personne demandera l'autorisation de former un établissement de la nature de ceux qui sont énoncés à l'article 9 de l'arrêté du 19 ventôse, an VI, l'Administration municipale fera procéder sur cette demande à une enquête de vingt jours;

« Considérant que le préfet, par son arrêté du 15 novembre 1862, a ordonné la suppression immédiate dudit barrage, sans avoir fait procéder à l'enquête prescrite par les dispositions ci-dessus visées... qu'en agissant ainsi il a excédé la limite de ses pouvoirs. »

Et, au vu d'une simple instruction, le Conseil d'Etat annule un arrêté préfectoral !

* * *

Si l'on se reporte aux conclusions du commissaire du Gouvernement Robert, on découvre que ce sont vraisemblablement elles qui ont entraîné la décision du Conseil. Mais Robert s'appuie, pour demander l'annulation de l'arrêté, sur des raisons d'ordre et de valeur différentes. Il apparaît donc nécessaire

de rechercher laquelle de ces raisons a véritablement déterminé le haut tribunal administratif à accorder l'annulation sollicitée.

Le commissaire du Gouvernement n'ignorait pas qu'une simple instruction n'a pas, en principe, de valeur obligatoire. Mais il s'efforça de démontrer que le principe est peut-être trop absolu, et qu'il y aurait sans doute lieu de distinguer entre les instructions ministérielles suivant le caractère qu'elles peuvent revêtir.

« Il semble, au premier abord, qu'une instruction prise par le Ministre sur la proposition de ses bureaux n'est pas un acte assez solennel pour que les formes ainsi tracées puissent être prescrites à peine de nullité; mais nous adhérons, en cette matière, à une opinion sage et autorisée qui, en principe général, se fonde sur une distinction pleine de justesse. »

Quel est le critérium de la distinction ? La notion de garantie et de protection des droits privés. « Partant de cette idée que, dans le double intérêt de chaque citoyen et de l'Administration elle-même, il faut multiplier les garanties qui sont la sauvegarde de tous les droits, *on arrive à reconnaître que certaines instructions ministérielles ont un caractère obligatoire dont la juridiction contentieuse doit tenir compte* ». Obligatoire en quel sens ? Au sens d'imposer aux administrés des obligations ? Non pas, mais au contraire au sens de permettre à ceux-ci de s'appuyer sur les instructions pour faire respecter leurs droits. « Impuissantes pour restreindre les droits que les administrés tiennent de la loi ou des décrets rendus

pour son exécution (première proposition), les instructions ministérielles ont une autorité incontestable lorsque, réglant les devoirs et les attributions des fonctionnaires administratifs, elles tracent ainsi, pour chacun, les limites de la délégation qui lui a été faite au nom du chef du pouvoir exécutif et lorsque, bien loin de porter atteinte aux droits privés, elles les entourent d'une protection salubre.» (Deuxième proposition.)

La première proposition est la confirmation, en quelque sorte avant la lettre, de la jurisprudence postérieure suivant laquelle l'instruction ministérielle ne saurait imposer d'obligations aux administrés. Dans cette dénomination d'administrés, nous comprenons les fonctionnaires considérés au point de vue de leur situation personnelle, de même que les collectivités soumises à la tutelle. Dans les espèces Mabille, ville de Bayeux, commune de la Teste de Buch, Fayard, les instructions ministérielles seront « impuissantes pour restreindre les droits » que le conseil municipal, le conseil général, le juge suppléant tiennent de la loi « ou des décrets rendus pour son exécution ». L'arrêt Mabille reproduira même, en des termes presque analogues, l'idée du commissaire du Gouvernement : « Aucune disposition de loi n'a mis cette *restriction aux droits* que les conseils municipaux tenaient de l'article 2 de la loi de 1836 ». Jusqu'ici Robert reste d'accord avec la jurisprudence et avec Laferrière.

La seconde proposition, extrêmement intéressante, soulève, dès 1864, un problème qui n'est peut-être

pas encore résolu. Elle est nettement en contradiction avec la jurisprudence. Avant 1864 (Dumas, 1853) comme après (Champy, 1868), il importe peu qu'une circulaire entoure les droits des administrés « d'une protection salubre », qu'elle constitue « une de ces garanties qui sont la sauvegarde » de ces droits. Elle n'en devient pas davantage obligatoire pour l'Administration et sa violation n'en est pas plus admise à titre de moyen valable à l'appui du recours. Dans ces conditions, l'arrêt Gaunard fait-il figure d'exception qui détruise la règle au lieu de la confirmer ? Autrement dit, est-ce sur la distinction de Robert que le Conseil d'Etat a basé son verdict ?

Laferrière ne le pense pas et repousse absolument. pour sa part, le critérium du commissaire du Gouvernement. Il le repousse non pas par tendance personnelle, puisqu'il considère au contraire que l'intention en est bonne, mais par rigorisme juridique. Si Robert s'était borné à affirmer que les instructions ministérielles ont une autorité incontestable quand, « bien loin de porter atteinte aux droits privés, elles les protègent », Laferrière eût peut-être hésité. Mais le commissaire du Gouvernement avait eu le malheur d'introduire dans son raisonnement la notion de délégation du pouvoir de décision. Laferrière ne pouvait pas admettre une telle hérésie et le Conseil d'Etat, selon lui, pas davantage. Il faut citer intégralement cette page curieuse où, comme nous le savons déjà, la question de la valeur obligatoire de l'instruction ministérielle se confond avec celle des pouvoirs qui sont dévolus aux Ministres d'une façon générale.

Analysant les solutions données par le Conseil d'Etat, dans les cas où les formes sont prescrites par des décisions ministérielles, Laferrière écrit : « Le Conseil d'Etat... a écarté une distinction qui lui avait été proposée en 1864 et d'après laquelle le vice de forme pourrait exister si les instructions ministérielles avaient pour but, non de restreindre les garanties données aux tiers, mais de les accroître, en limitant la liberté d'action des fonctionnaires placés sous l'autorité du Ministre et investis d'un droit de décision. Dans ce cas, a-t-on dit, le Ministre ne fait que tracer, au nom du chef du pouvoir exécutif, les limites de la délégation qui a été faite à l'agent inférieur. Cette distinction, si bien intentionnée qu'elle soit, manque de base juridique. On ne peut pas la faire reposer sur l'idée de délégation, car toutes les fois qu'une autorité inférieure exerce un droit de décision propre, c'est de la loi qu'elle le tient, non du Ministre. *C'est aussi la loi ou les décrets rendus pour son exécution qui fixent, s'il y a lieu, les formes dans lesquelles la décision doit être rendue.* Le Ministre ne peut donc pas modifier les conditions de cette délégation légale; les instructions qu'il donne ne peuvent être que des actes de direction hiérarchique qui ne sauraient être invoquées ni par les tiers, ni contre eux ». (*J. A.*, II, p. 526.)

* * *

Si le Conseil d'Etat n'a pas suivi, sur ce point, le commissaire du Gouvernement, sur quelle base a-t-il donc fondé son arrêt ?

Après l'argumentation générale qui précède, Robert invoquait des raisons spéciales à l'instruction de thermidor, raisons qui opéraient une séparation radicale entre ce texte et les instructions quelconques qui naissent à toute époque dans les bureaux du Ministère: « Si nous remontons jusqu'à l'an VI... à cette époque, la compétence de chacun des Pouvoirs publics n'était pas parfaitement déterminée ». Si bien que la force obligatoire relative des textes par rapport à la loi s'est trouvée modifiée et leur subordination atténuée de proche en proche, la coutume venant encore renforcer un état de choses issu primitivement des seules circonstances: « L'arrêté du Gouvernement du 19 ventôse an VI, a participé, en quelque sorte, à l'œuvre législative. D'un autre côté, l'instruction de thermidor an VI, *constamment appliquée, confirmée par la jurisprudence du Conseil d'Etat*, a organisé un système de garanties essentielles pour l'exécution de l'arrêté de ventôse; elle a pu ainsi, par exception, s'élever elle aussi d'un degré et prendre le caractère d'un acte de gouvernement ».

Telle est l'explication qui doit l'emporter: nous sommes devant une exception, faite en faveur d'une instruction toute spéciale. Deux éminents auteurs du siècle dernier, qui ne sont point toujours d'accord, interprètent ainsi et identiquement l'arrêt fameux. Laferrière, après avoir posé en principe que les instructions ministérielles ne sauraient être invoquées par les tiers ni contre eux, ajoute:

« Cette règle ne comporte d'exception que si le Ministre a été exceptionnellement investi d'un pou-

voir réglementaire. Ainsi, le Conseil d'Etat a toujours reconnu le caractère obligatoire des formalités prescrites par l'instruction ministérielle de thermidor, an VI, pour les règlements d'usines et les prises d'eau pour l'irrigation. Il voit, dans cette instruction, une *sorte de règlement* d'administration publique fait pour l'exécution de l'arrêté du Directoire du 19 ventôse, an VI, et il annule pour vice de forme des arrêtés rendus contrairement à ses prescriptions.» (*Ibid.*)

M. Aucoc dégage avec plus de netteté encore le sens de l'arrêt Gaunard : « Cette formalité, écrit-il, en faisant allusion à l'enquête, est exigée par une circulaire du Ministre de l'Intérieur, à laquelle la *jurisprudence a donné par exception, à raison de la distribution des pouvoirs à l'époque où elle a été faite*, le même caractère qu'à un acte réglementaire émané du chef de l'Etat ». C'est là, à notre avis, la formule définitive (contra, Grélat, Thèse, p. 734).

*
* *

Cette formule est si juste, qu'en parcourant la jurisprudence du Conseil d'Etat on retrouve partout l'instruction de thermidor revêtue de la valeur obligatoire d'un règlement disposant de façon impérative. Bien plus, le même texte communique son caractère exceptionnel aux instructions qui, prises ultérieurement, réglementent la même matière (autorisation de barrage). On lit, dans un arrêt du 19 juillet 1871, Neveu et autres (S. 1873. 2. 31) : « Vu les instructions ministérielles du 19 thermidor an VI,

du 16 novembre 1834 et du 25 octobre 1851... conformément aux lois et règlements ci-dessus visés».

Plus curieux encore, un arrêt du 2 juillet 1875, Provenzal et Tastel (*Recueil*, p. 651), laisse croire à première vue, par suite d'une généralité excessive dans les termes, que le Conseil d'Etat admet les administrés à invoquer la violation des circulaires, quelles qu'elles soient, à l'appui de leurs recours en annulation. Mais c'est qu'en l'espèce la violation invoquée est celle de l'instruction de thermidor. Les requérants attaquaient un arrêté préfectoral, qui avait autorisé l'établissement d'un débarcadère sur le bord d'un fleuve. Il eût fallu, prétendaient-ils, un décret et une enquête préalables, aux termes de l'arrêté du Gouvernement du 19 ventôse an VI, et de l'instruction ministérielle du 19 thermidor. En réalité, la matière n'était plus régie par la législation de l'an VI, mais bien par le décret de 1852. Le Conseil d'Etat rejette donc le moyen :

« Aucun règlement ou *instruction ministérielle en vigueur* ne lui prescrivait (au préfet) de faire procéder à une enquête avant d'accorder l'autorisation dont il s'agit, et, dès lors, il n'a pas excédé ses pouvoirs. »

Implicitement, si une instruction ministérielle en vigueur avait prescrit une enquête, l'excès de pouvoir eût-il donc été reconnu ? Cette conclusion n'est-elle pas en contradiction formelle avec la jurisprudence ordinaire et courante du Conseil ? Non, parce que, lorsque celui-ci parle d'« instruction ministérielle en vigueur », il n'a en vue que l'instruction de ther-

midor, et peut-être celles qui l'ont suivie, régissant la même matière. C'est en vertu de la valeur particulière qu'il leur reconnaît, qu'il assimile ainsi : « règlement ou instruction ». On ne peut en inférer que la violation de n'importe quelle instruction ministérielle en vigueur soit susceptible de donner ouverture au recours, solution que les arrêts antérieurs et postérieurs repoussent formellement.

Une preuve dernière de ce fait que l'instruction de thermidor a évidemment une place à part, qu'elle est classée comme un véritable « règlement d'administration publique » (Laferrière), ressort d'un examen attentif de l'arrêt Champy. Voici le Conseil d'Etat qui, en termes formels, énonce que l'observation des formes édictées par une instruction générale ne saurait être prescrite à peine de nullité, et qui, dans l'énumération des textes cités à l'appui de l'arrêt qu'il rend, introduit précisément une instruction générale : « Vu les lois... l'arrêté du Gouvernement du 19 ventôse an VI... *Vu l'instruction du 19 thermidor an VI* ». On dira, sans doute, que jamais le Conseil ne s'est interdit d'éclairer sa compétence en consultant les circulaires qui interprètent ou complètent les lois et les règlements. Bien des arrêts portent ce « Vu telle ou telle circulaire ou instruction », sans qu'il en découle aucune solution sur la valeur obligatoire de ces textes. Il reste tout de même vrai que la coïncidence est au moins frappante, et que le Conseil d'Etat n'eût sans doute pas cité une circulaire quelconque. Mais celle

de thermidor a perdu, à ses yeux (1), son caractère d'instruction de service, elle fait bloc avec les lois et règlements qui régissent la matière, elle doit être citée quand on les cite.

Il apparaît donc bien que cette instruction exceptionnelle a été, suivant les termes du commissaire du Gouvernement Robert, « constamment appliquée, confirmée par la jurisprudence du Conseil d'Etat ».

(1) L'arrêt Gaunard est de 1864, quatre ans auparavant.

CHAPITRE II

Une autre instruction générale de valeur également exceptionnelle : l'arrêt Héritiers Merle, du 22 janvier 1857.

Au cours du chapitre précédent, nous nous sommes trouvé en présence d'une instruction nettement définie, qui, dans différents arrêts espacés de plusieurs années, garde un caractère exceptionnellement réglementaire. C'est la seule, en général, que citent les auteurs. Nous croyons que l'on n'a pas accordé une attention suffisante à une autre instruction, que l'on retrouve également « constamment appliquée, confirmée » dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Nous voulons parler de l'instruction du Ministre de l'Intérieur du 5 mai 1852, dans laquelle le Ministre trace les règles à suivre pour l'exécution du décret du 25 mars précédent, sur un point particulier qui est le suivant. Aux termes de ce décret, le préfet n'est compétent, pour autoriser les établissements charitables à accepter les libéralités à eux faites sous forme de donations ou de legs, qu'au cas où il n'y a pas de réclamation des familles. Afin d'assurer le respect de cette disposition, et parmi les documents que doivent réunir les préfets en vue de l'instruction des demandes

d'autorisation d'acceptation, la circulaire du 5 mai exige l'adhésion de tous les héritiers ou leur opposition ou, du moins, la preuve de leur mise en demeure.

* * *

En 1857, les héritiers Merle attaquent un arrêté du préfet de la Nièvre, qui autorisait la commission administrative des hospices de Nevers à accepter les libéralités faites à ces hospices par leur auteur, sans que, eux héritiers, eussent été mis en demeure de décider s'ils adhéraient ou s'opposaient à l'exécution de ces legs. Plus exactement, ils demandent au Conseil d'Etat d'annuler la décision par laquelle le Ministre de l'Intérieur a rejeté le recours hiérarchique qu'ils avaient formé devant lui en vue d'obtenir l'annulation de l'arrêté du préfet. Le recours juridictionnel devant le Conseil ne se présentait donc pas en une forme rigoureusement identique à celle du pourvoi de Gaunard sept ans plus tard. Gaunard attaquera directement, pour violation des formes prescrites par une circulaire, et sans passer par l'intermédiaire du recours hiérarchique, l'arrêté d'un préfet. Au fond, les conditions des deux arrêts Héritiers Merle et Gaunard sont au contraire absolument analogues : il s'agit toujours de savoir si l'inobservation d'une simple instruction va pouvoir entraîner la nullité d'actes administratifs.

Écoutons à ce sujet M. Aucoc qui, dans l'*Ecole des Communes* (cité par Sirey, 1857. 2. 719, et par Lebon, p. 70), dégage excellemment le lien étroit qui unissait

le décret de 1852 et la circulaire prise en vue de son exécution :

« Le Conseil n'a pas vu dans le défaut de mise en demeure des héritiers une simple irrégularité d'instruction, il a vu l'*omission d'une formalité substantielle qui constitue une garantie pour les héritiers*. Le préfet n'est compétent que dans le cas où il n'y a pas de réclamation des familles (décret du 25 mars 1852, article 1^{er}). S'il n'était pas tenu de mettre les familles en demeure de se prononcer, il pourrait, par une prompte décision, rendue sans que les héritiers fussent avertis, soustraire l'affaire à la compétence du chef de l'Etat. Les limites du pouvoir attribué au préfet par le décret de 1852 donnent donc à cette prescription le caractère d'une règle fondamentale. »

Si nous rapprochons ces réflexions de M. Aucoc des conclusions que prendra, en 1864, dans l'arrêt Gaunard, le commissaire du Gouvernement Robert, nous relevons bien des ressemblances : « Certaines instructions ministérielles, dira Robert, ont un caractère obligatoire dont la juridiction contentieuse doit tenir compte ». L'instruction de 1852 est de celles-là. De même, M. Aucoc invoque les « limites du pouvoir attribué au préfet ». Mais si nous débarrassons l'argumentation de Robert de sa théorie malencontreuse de la délégation, ne voyons-nous pas qu'il fonde également la force obligatoire des circulaires sur la nécessité de limiter les pouvoirs des fonctionnaires : « Les instructions ministérielles ont une autorité incontestable lorsque, réglant les devoirs et les attributions des fonctionnaires administratifs, elles tracent ainsi

pour chacun les limites...». Enfin, cette proposition de Robert, que « l'instruction de thermidor... a organisé un système de garanties essentielles pour l'exécution de l'arrêté de ventôse », n'est-elle pas exactement transposable dans le cas présent, où l'on peut de même affirmer que l'instruction du 5 mai 1852 a organisé un système de garanties essentielles pour l'exécution du décret du 22 mars ?

Il convient de mettre en somme, sur le même pied, dans une étude jurisprudentielle qui porte sur la valeur obligatoire des circulaires, les deux arrêts Héritiers Merle et Gaunard. La mise en demeure dont il s'agit en 1857 constitue une forme tellement liée au décret, tellement impliquée par son esprit et son sens profond, que l'inobservation de la circulaire qui prescrit cette forme doit s'assimiler à l'inobservation du décret lui-même. C'est cette idée qui fait le fond de l'arrêt tel qu'il est rédigé, et le Conseil d'Etat, animé sans doute, comme le pense M. Aucoc, du désir de garantir les intérêts des héritiers, n'a cependant pas étayé sa décision sur la notion de garantie, pas plus qu'il ne le fera dans l'arrêt Gaunard. Il s'est attaché à démontrer que la formalité de mise en demeure était essentielle au point de vue de l'application du décret, et il ne s'est montré affirmatif que sur ce point. Voici l'arrêt :

« Considérant que... aux termes du décret... les préfets ne sont compétents que lorsqu'il n'y a pas eu réclamation des familles; **qu'il suit de là** qu'ils ne peuvent statuer sur les demandes d'autorisation avant de s'être assurés que les héritiers ne réclament pas

contre l'exécution des libéralités; que, **dans ce but**, l'instruction du Ministre de l'Intérieur du 5 mai 1852 prescrit aux préfets... Considérant qu'ainsi le préfet n'a pas rempli, avant de statuer, *les conditions à l'accomplissement desquelles était subordonnée la compétence*, et que la décision prise par lui, dans ces circonstances, devait être annulée pour excès de pouvoir... que, **dès lors**, c'est à tort que notre Ministre de l'Intérieur a rejeté le recours par le motif que *le préfet s'étant conformé aux lois et règlements*, sa décision ne pouvait pas être déférée au Ministre.»

Si bien que la décision du Ministre de l'Intérieur, rejetant le recours hiérarchique, est annulée et qu'il est reconnu par là implicitement que le préfet a violé le décret lui-même en violant une formalité qui n'était cependant contenue que dans une instruction.

* *
* *

Absolument comme l'instruction du 19 thermidor, celle du 5 mai 1852 retrouve, chaque fois qu'elle est invoquée devant le Conseil d'Etat, cette valeur particulière qui s'attache à elle par privilège. Deux arrêts: l'un du 1^{er} mars 1866, Rousseau et autres (S. 1867. 2. 92); l'autre du 1^{er} août 1867, Héritiers Dezaibats (*Recueil*, p. 734), dans lesquels la même question était débattue, la résolvent exactement comme l'arrêt Héritiers Merle. L'arrêt Rousseau est même la copie intégrale de ce dernier et répète que « les conditions à l'accomplissement desquelles était subordonnée la compétence » n'ont pas été remplies. L'arrêt Dezaibats met encore mieux en lumière le

caractère obligatoire de la formalité de la mise en demeure. Il spécifie, en effet, que les publications et annonces qui ont été faites tant au moyen d'affiches que par la voie des journaux et qui auraient pu avoir pour résultat de porter le testament à la connaissance des héritiers, sont impuissantes cependant à suppléer à la mise en demeure formelle prévue par l'instruction de mars 1852.

« Notre Ministre de l'Intérieur reconnaît que dans ces circonstances, et *bien que le testament ait été affiché et publié dans les journaux*, les héritiers n'ont pas été mis en demeure. »

CHAPITRE III

L'arrêt Alem, du 19 décembre 1848

Il existe, par conséquent, au moins deux instructions générales à qui le haut tribunal administratif reconnaît certainement une valeur exceptionnelle, en assimilant leur violation à celle d'un règlement. Par contre, dans bien des cas, il devient assez difficile de se prononcer, en présence des raisons complexes qui ont pu décider le Conseil d'Etat. La violation de circulaire n'apparaît plus à l'état pur, à l'état de corps simple comme plus haut. L'arrêt Alem (19 décembre 1848, *Recueil*, p. 692) correspond à l'un de ces cas.

Il s'agit, non plus de simples administrés, ainsi que l'étaient Gaunard et les héritiers Merle, mais de fonctionnaires. En règle générale, le fonctionnaire n'est pas admis davantage à se fonder sur la violation d'une instruction (cf. arrêts ultérieurs : Béchameil, Dumas, Olivier). Réciproquement, dans la mesure où la situation personnelle de ce fonctionnaire est en jeu, l'instruction de service n'est pas susceptible, plus qu'à un simple administré, de lui imposer des obligations trouvant une sanction au contentieux (arrêt Fayard de 1898, *supra*, p. 216). Par contre,

dans toute l'étendue des intérêts du service, le fonctionnaire est obligé par l'instruction, dont la raison d'être est précisément le service. Que décider, en combinant ces données, au cas où un fonctionnaire n'a pas rempli les obligations de service qu'une circulaire lui imposait, mais où ce n'est pas son supérieur hiérarchique qui lui oppose cette inobservation, c'est un autre fonctionnaire du service, son égal, qui, de cette inobservation, tire un moyen préjudiciel pour se dispenser de produire des défenses au fond contre une action en responsabilité ? Afin de faire mieux saisir l'hypothèse dans laquelle nous nous plaçons, exposons les faits de l'espèce :

Lafaurie, nouveau titulaire d'une recette particulière, avait omis de procéder, dans les deux mois de son installation, ainsi qu'il est prescrit par l'article 1179 de l'instruction générale du 17 juin 1840, à la constatation de la situation des percepteurs de son arrondissement. Postérieurement, il vint à découvrir dans la caisse de ces percepteurs des déficits remontant à la gestion de son prédécesseur Alem, alors receveur particulier à Corbeil. Ce dernier, contre qui le nouveau receveur poursuit le déficit, invoqua un moyen déclinatoire, fondé sur l'inobservation de l'instruction générale. Le Ministre des Finances décida que ce moyen ne pouvait être admis — non pas d'ailleurs qu'il en discutât la recevabilité, en prétextant que les formes prescrites par une simple instruction n'auraient pu avoir une telle valeur — mais pour une raison de fond, parce que lui, Ministre, donnait une interprétation différente de l'instruction envi-

sagée. Alem se pourvoit contre cette décision de rejet. La question se posait donc sur le terrain de l'interprétation des instructions : selon le Ministre des Finances, il n'eût appartenu qu'aux Ministres d'interpréter et de commenter les instructions qu'ils adressent à leurs agents dans la plénitude de leur autorité : par conséquent, le pourvoi formé contre une interprétation qui ne saurait constituer une décision de nature à léser les droits du requérant, n'eût pas été recevable.

Mais il est très remarquable qu'Alem se soit fondé, pour établir le grief, sur la nature spéciale de l'instruction dont il faisait découler ses droits, et qu'il ait, en quelque sorte, esquissé une distinction de principe entre les instructions.

L'instruction de 1840, dit-il en substance, *loin d'être un acte d'ordre et de régime intérieur*, abandonné pour son application et son interprétation à l'arbitraire de l'Administration est, au contraire, *le résumé de toutes les dispositions des lois et des règlements sur la matière*, constitue un véritable code financier réglant les devoirs, mais aussi établissant les droits respectifs de l'Administration et des comptables. Si un de ces droits vient à être méconnu, comme dans l'espèce, le recours au Conseil d'Etat est évidemment ouvert. Donc, il n'y a pas lieu de l'arrêter à l'exception proposée par le Ministre des Finances.

On ne saurait mieux opposer l'instruction de service, qui n'est qu'un pur acte intérieur, et celle à qui son importance, son contenu donnent une valeur extra-administrative, une valeur de code; ni mieux

affirmer qu'une instruction peut créer des droits, à condition qu'elle soit douée de cette valeur exceptionnelle. Il est curieux de constater, dès 1848, un effort de la part des justiciables du Conseil d'Etat pour débusquer l'instruction de service de sa tour d'ivoire de l'Administration intérieure.

*
* *

Mais le Conseil d'Etat entre-t-il dans les vues d'Alem ? ou, s'il le fait, jusqu'à quel point ? Il déclare, d'une part, le recours recevable et, d'autre part, il donne gain de cause à Alem sur le fond, sans se prononcer sur le bien-fondé de l'argumentation précédente ni sur la valeur créatrice de droits que pouvait avoir l'instruction de 1840. Le pourvoi est recevable, en dehors de toute question d'interprétation d'instruction, parce qu'en fait la décision attaquée, quelle qu'elle fût, a « eu pour effet de soumettre le sieur Alem à la responsabilité du déficit », ce qui constitue un grief évident. Le pourvoi est fondé au fond parce que le sieur Lafaurie « n'a point constaté la situation des percepteurs de son arrondissement dans les deux mois de son installation, conformément aux prescriptions de l'article 1179 de l'instruction générale de 1840 et que, par suite, il a perdu tout droit de recours ».

C'est-à-dire que le Conseil d'Etat se place, non pas sur le terrain du droit que croyait avoir Alem à l'application de l'instruction, mais sur celui de l'obéissance hiérarchique qui obligeait Lafaurie à se conformer à cette instruction, ce qui n'est que l'illus-

tration d'une règle générale que nous avons posée plus haut. On ne peut, en effet, objecter que cet arrêt de 1848 donne une solution incompatible avec celle de l'arrêt Fayard qui interviendra cinquante ans plus tard, en 1898 : à cette date, le Conseil semblera décider que les circulaires ne peuvent imposer d'obligations aux fonctionnaires plus qu'aux simples administrés, lorsqu'elles règlent non pas le service, mais la situation personnelle des agents. Dans l'espèce Alem, c'est effectivement à une prescription essentielle pour la bonne marche du service que Lafaurie a désobéi.

* * *

Il n'en reste pas moins que l'arrêt Alem présente un caractère très particulier. Un fonctionnaire tire d'une instruction des droits opposables à un autre fonctionnaire du service. Cette instruction possède, d'après le requérant, que le Conseil d'Etat ne contredit pas, une valeur exceptionnelle qui l'assimile à un véritable règlement. Cela est si vrai que le Conseil attribuera par analogie une valeur égale à l'instruction qui interviendra le 20 juin 1859 sur le même sujet (la comptabilité des receveurs et percepteurs). Sera débouté de son recours contre l'ancien titulaire le receveur qui n'aura pas fait, en temps utile, la vérification prescrite par cette instruction de 1859. (Suchet contre de Bernon, 27 juin 1879, S. 1881. 2. 6.)

La meilleure preuve que le Conseil d'Etat est sorti ici des limites de sa jurisprudence ordinaire, résulte

de ce fait qu'un tribunal civil, appelé à se prononcer sur le même cas, s'était refusé à attribuer à l'instruction une valeur semblable. Par un jugement du 5 février 1876, Pascalis (1), le tribunal de la Seine avait estimé que la décision ministérielle, mettant un déficit à la charge du comptable qui avait négligé la vérification dans un certain délai, réservait le recours de ce dernier contre ses prédécesseurs fautifs. Ce point de vue est évidemment inconciliable avec notre instruction de 1859. Il s'inspire de cette idée qu'une simple instruction ne saurait donner à quiconque le droit de se soustraire à la règle juridique de la responsabilité pour faute.

(1) Rapporté dans le *Mémorial des Percépteurs et Receveurs*. Cité par Sirey, 1881, 2. 6.

Ainsi, de l'analyse des principales exceptions rencontrées ne ressort, somme toute, qu'une confirmation de la règle. Et ce que nous avons appelé la jurisprudence ancienne forme, à vrai dire, un bloc solidement établi. Partant de ce double postulat, que seule la violation de la loi ou celle du règlement proprement dit, extérieur (1), territorial est susceptible d'ouvrir le recours — que, d'autre part, les Ministres n'ont pas, en principe, le pouvoir de prendre des règlements proprement dits — le Conseil d'Etat n'a pas admis que la violation d'une instruction ministérielle à caractère général pût constituer une ouverture, ni du point de vue du fond ni du point de vue des formes édictées. Afin de rester conséquent avec lui-même, il n'a pas davantage admis que ces instructions pussent imposer aux administrés, en comprenant parmi ceux-ci les fonctionnaires considérés en dehors du service et au point de vue de leur situation personnelle, des obligations telles qu'elles trouvent leur sanction devant le Conseil d'Etat (Fayard). Seul, le règlement extérieur à l'Administration peut faire naître à leur charge des obligations de cette sorte. Mais les instructions ministérielles, même générales, ne sont pas des règlements.

(1) Voir *infra*, titre II, section 2, chapitre 1.

Au reste, si elles ne sont pas des règlements, c'est, avant tout, parce que le Ministre qui les prend ne possède pas le pouvoir réglementaire. On conçoit qu'à titre exceptionnel, soit à raison d'une distribution des pouvoirs propres à une certaine époque historique (Gaunard), soit à raison de la connexion étroite qui rattache l'acte émané du Ministre au décret précédemment rendu par l'autorité compétente (héritiers Merle), soit à raison de la contexture même de l'instruction générale, résumé des dispositions des lois et règlements sur la matière (Alem), le Ministre puisse être considéré comme ayant eu l'éphémère jouissance de ce pouvoir réglementaire. L'instruction générale, d'acte intérieur qu'elle était, devient alors extérieure au même titre qu'un règlement proprement dit, et cesse d'être abandonnée pour son application et son interprétation à l'arbitraire de l'Administration (Alem). Dans ces conditions, sa violation donne ouverture au recours. Mais le cas, encore une fois, est extrêmement rare et les textes auxquels il correspond sont toujours les mêmes, si bien que leur valeur exceptionnellement obligatoire se trouve consacrée par une sorte de coutume jurisprudentielle. La violation de toutes les autres instructions générales, *vulgum pecus*, ne saurait revêtir une importance comparable, et le Conseil d'Etat refuse de reconnaître à ces textes plus qu'une autorité doctrinale.

Il est permis de se demander si le fondement de cette jurisprudence, qui constitue un tout si bien agencé, est irréfutable et immuable. Jusqu'à quel

point les Ministres sont-ils absolument dépourvus du pouvoir réglementaire ? (1) Si la solution négative ne faisait pas doute au temps de Laferrière, elle était fortement mise en échec, au contraire, vers 1905 (Warnier, 7 juillet 1905, *Recueil*, p. 625, cf. infra, titre II). Par ailleurs, le Conseil d'Etat, qui longtemps n'avait tenu compte que de la violation des règlements généraux, commence à cette époque à exiger de la part des autorités administratives le respect des règlements les plus particuliers (22 janvier 1909, Lesage et autres, *Recueil*, p. 78). Il astreint ces autorités « à subir les premières les règles qu'elles ont posées : *tu patere legem quam fecisti* (Hauriou, *D. A.*, 10^e édit., p. 452). La circulaire, instruction générale émanée du Ministre, ne contient-elle pas des règles que devrait « subir » l'autorité supérieure qui les a établies ?

C'est parce que le Conseil d'Etat s'est posé cette question que l'on pourra, à partir de 1907, constater le revirement de jurisprudence que nous avons signalé. Nous allons analyser attentivement les deux arrêts essentiels qui manifestent ce revirement et nous rechercherons avec soin si la jurisprudence que nous venons d'étudier sous le nom de « jurisprudence ancienne » est absolument périmée, la règle étant désormais la reconnaissance par le Conseil d'Etat, dans tous les cas, de la force obligatoire de l'instruction générale.

(1) Infra, titre II, section première, chapitre II.

TITRE II

La Jurisprudence nouvelle

SECTION PREMIÈRE

LE REVIREMENT JURISPRUDENTIEL

CHAPITRE PREMIER

Les arrêts Morand-Monteil et Rageot

Le 2 août 1907, le Conseil d'Etat rend un arrêt Morand-Monteil (S. 1910. 3. 4), sur recours formé par un officier contre une décision présidentielle. Le requérant soutenait que cette décision, qui le mettait en non-activité pour infirmités temporaires, était intervenue au mépris des prescriptions contenues dans une circulaire du 15 septembre 1901. Le Ministre de la Guerre, fort de la jurisprudence antérieure, concluait au rejet du pourvoi par le motif que ces prescriptions étaient édictées par un texte sans valeur réglementaire: le requérant ne pouvait se prévaloir des dispositions d'une instruction pour demander l'annulation de l'acte attaqué. Le Ministre

donnait aussi cet argument tiré du fond, qu'en fait les irrégularités n'avaient pas été commises.

Or, le Conseil d'Etat, repoussant implicitement la fin de non-recevoir invoquée, cherche au contraire si les formalités substantielles prévues par l'instruction ont été effectivement accomplies.

« Il résulte de l'instruction que les formalités substantielles dont l'accomplissement devait nécessairement précéder la décision attaquée, et qui sont au nombre de celles que prévoit l'instruction ministérielle du 15 septembre 1901 sur le service courant, ont été remplies. »

Sans doute possible, le Conseil affirme ici que la simple instruction ministérielle est apte à contenir des formalités substantielles. A notre connaissance, c'est le premier arrêt dans lequel il lui accorde explicitement cette valeur. Dans les considérants des arrêts qui avaient, par exception, reconnu à certaines instructions générales, toujours les mêmes, une force particulière, réellement réglementaire, la formule précédente ne se rencontrait pas. C'était M. Aucoc qui, analysant, en 1857, l'arrêt *Héritiers Merle*, écrivait que le Conseil avait vu, dans le défaut de mise en demeure prescrite par la circulaire de 1852, l'omission d'une formalité substantielle. Ce n'était pas le Conseil lui-même qui se servait de l'expression. De plus, notre arrêt de 1907 est en contradiction évidente avec ceux dans lesquels se résume la jurisprudence non plus exceptionnelle, mais normale du Conseil d'Etat, avec l'arrêt *Champy*, avec l'arrêt *Dumas*, avec l'arrêt *Olivier* même, qui date

de 1905. Aux termes de ce dernier arrêt, l'inobservation d'une circulaire, dépourvue de tout caractère législatif ou réglementaire, ne pouvait être prise en considération par le Conseil statuant au contentieux. Dans l'arrêt Morand-Monteil, au contraire, l'idée de formalité substantielle est, pour ainsi dire, à l'état pur. Elle n'est nullement subordonnée au caractère réglementaire que pourrait revêtir l'instruction générale. Le Conseil se demande simplement si la formalité est substantielle. Dans l'affirmative, que cette formalité découle de n'importe quel acte, même d'une circulaire, son inobservation suffit à ouvrir le recours pour excès de pouvoir.

*
* *

On peut tout de même hésiter sur la question de savoir si le Conseil d'Etat eût annulé la décision présidentielle au cas où les formalités n'auraient pas été remplies. On conçoit, en effet, que le Conseil se montre moins sévère sur la recevabilité d'une ouverture, lorsque la solution au fond doit, en fin de compte, aboutir à repousser la prétention du requérant. Mais ici nous pouvons répondre affirmativement, du fait que, dans un arrêt ultérieur, le Conseil d'Etat ne s'est pas borné à admettre le moyen en la forme, mais a annulé au fond la décision qui avait violé effectivement une instruction générale. Il s'agit de l'arrêt Rageot qui, suivant de deux ans l'arrêt Morand-Monteil, est rendu le 6 août 1909 (S. 1912. 3. 47). Les auteurs le considèrent, en général, comme l'arrêt de principe depuis lequel la jurisprudence

a changé de direction. En réalité, l'arrêt Morand-Monteil marquait déjà une étape et un progrès très net sur les solutions antérieures.

Voici les faits. Un fonctionnaire, qui faisait partie du personnel civil du Ministère de la Guerre, s'était pourvu devant le Conseil d'Etat au sujet d'une question d'avancement. A la direction de l'Intendance le directeur, nommé en 1907, avait fait, seul, des modifications à la liste de propositions arrêtée par son prédécesseur. Il aurait dû, pour se conformer à l'instruction ministérielle du 19 octobre 1906, relative à l'établissement de tableaux d'avancement, réunir en conférence les sous-directeurs et les chefs de bureaux et examiner avec eux les mérites de chacun de leurs subordonnés.

Le Ministre de la Guerre, dans les observations qu'il présentait sur le pourvoi, reconnaissait parfaitement que le directeur de l'Intendance n'avait pas observé les règles précédentes. Mais il soutenait, suivant l'ordinaire argumentation, que l'inobservation de l'instruction ministérielle, à la différence de celle d'un texte législatif ou réglementaire, ne pouvait servir de base à un recours pour excès de pouvoir. C'était tout au plus une faute professionnelle de la part du directeur de ne pas s'être soumis aux instructions du Ministre, son supérieur hiérarchique.

Le Conseil d'Etat répond : « Considérant que le Ministre de la Guerre reconnaît que le directeur a fait seul des modifications à la liste de propositions... Considérant que l'instruction ministérielle ci-dessus rappelée a pour but d'assurer l'exécution du décret

du 25 juillet 1899 et de donner des garanties au personnel...

« Qu'ainsi le requérant est fondé à prétendre, contrairement à l'opinion du Ministre, que la méconnaissance des prescriptions qu'elle a édictées n'engage pas seulement la responsabilité du directeur vis-à-vis du Ministre, mais constitue, en outre, une atteinte aux droits du personnel. »

Le Conseil conclut que le tableau d'avancement du personnel civil de l'Administration centrale pour 1907 a été irrégulièrement dressé, et il annule la décision par laquelle le Ministre de la Guerre a arrêté ce tableau.

L'arrêt est complet : il reprend formellement la fin de non-recevoir invoquée par le Ministre et la réfute en propres termes; il met en lumière l'idée que des garanties sont assurées par l'instruction générale, qu'il affirme par là-même créatrice de droits vis-à-vis du personnel. La violation de cette instruction constitue une « atteinte aux droits », et l'acte qui a commis cette violation est sans valeur.

* * *

Sommes-nous en présence d'une instruction de service exceptionnelle dont la force obligatoire est reconnue par le Conseil d'Etat sans qu'il en faille rien préjuger sur la valeur des instructions ordinaires? Dans ce sens, on serait tenté de faire remarquer avec quel soin le haut tribunal spécifie que l'instruction de 1906 a eu pour but d'assurer l'exécution d'un décret : on rapprocherait cette instruction de celle

de 1852 à laquelle dans les arrêts Héritiers Merle, Rousseau, Dezaibats, le Conseil d'Etat attribuait une valeur particulière, du fait qu'elle complétait logiquement les dispositions du décret de la même année. On rappellerait également le passage de M. Aucoc, aux termes duquel la formalité contenue dans la circulaire précitée constituait une garantie pour les héritiers, ce qui expliquait, selon l'auteur, la solution favorable donnée par le Conseil au recours des héritiers Merle.

Ainsi, à n'envisager que l'arrêt isolé, il n'apporterait rien de spécifiquement nouveau. Il ne ferait qu'ajouter une instruction à la liste brève de celles à qui, par dérogation à la règle ordinaire, la jurisprudence du Conseil d'Etat attribue une valeur obligatoire. Tout de même, il serait au moins troublant que l'arrêt Morand-Monteil eût déjà auparavant posé en principe qu'une simple instruction pouvait contenir des formalités substantielles. Une formalité n'est-elle pas substantielle, précisément parce qu'elle constitue une garantie à des droits et que son inobservation porterait atteinte à ces droits ? Ne serions-nous pas en présence d'un véritable « système » jurisprudentiel nouveau ? Pour le savoir, il nous faut étudier les solutions qui, désormais, vont intervenir, chaque fois que la valeur obligatoire de l'instruction générale sera mise en question.

CHAPITRE II

Persistance de l'ancienne jurisprudence vis-à-vis des recours des simples administrés

Une note non signée au *Sirey* (S. 1914. 3. 105), sous un arrêt Société de Vidanges des propriétaires et locataires rouennais, s'exprime ainsi : « Nous notons qu'une mesure prise par l'Administration serait irrégulière, si elle était intervenue sans l'observation des formalités prévues non seulement par une loi ou un règlement, mais encore par une simple instruction ministérielle. *Les particuliers* ont droit à toutes les garanties qui leur sont assurées par des circulaires ou instructions ministérielles en vigueur, qu'il appartient d'ailleurs toujours au Ministre de rapporter ». Et cette note cite, à l'appui, l'arrêt Rageot.

De cette remarque, rencontrée dans un recueil dont les notes résument, en général, la jurisprudence courante dans son esprit et dans ses termes, nous extrayons deux idées : 1^o le Ministre peut toujours rapporter une instruction ou une circulaire ;

2^o Mais tant qu'il ne l'a pas fait, les garanties assurées par ces instructions ou circulaires constituent un droit pour les particuliers.

1^o La première idée est indiscutable. Le Ministre peut à tout moment s'affranchir des prescriptions qu'édicte une circulaire en prenant une autre circulaire qui abroge la première, de même qu'un règlement peut toujours abroger un autre règlement. Sans cela, on ne voit pas trop en quoi consisterait l'autonomie du pouvoir exécutif. Il est bon cependant d'affirmer le principe, car les requérants se sont parfois cru fondés à se plaindre de circulaires leur supprimant les avantages que des circulaires précédentes leur avaient accordés. Citons simplement l'arrêt Sauvage, du 9 août 1918 (*Recueil*, p. 819). Sauvage, officier d'administration auquel le Ministre avait refusé une indemnité de cherté de vie, invoquait une circulaire de 1914, qui maintenait aux officiers allant aux armées l'indemnité de la résidence du point de départ. Le Ministre s'appuyait sur une seconde circulaire de 1915, décidant que cette disposition concernait exclusivement le personnel qui n'avait pas droit aux prestations d'alimentation du pied de guerre. Or, le Conseil d'Etat conclut en substance que, si le Ministre a cru devoir, tout d'abord, accorder certains avantages au sujet du maintien de cette indemnité, il n'a pas excédé ses pouvoirs « en retirant, pour l'avenir, à certaines catégories de bénéficiaires les avantages que leur attribuait la première circulaire ». Un arrêt Navarre, de la même année, statue dans le même sens (22 mars 1918, *Recueil*, p. 294).

2° La seconde idée est la suivante : tant que l'instruction n'a pas été rapportée, les garanties qu'elle constitue sont un droit pour les particuliers, en entendant par là tous les requérants sans distinction, rattachés ou non à l'institution administrative par un lien plus ou moins étroit.

Or, cette généralisation, à notre sens, est indéfendable.

Deux arrêts au moins établissent nettement que certains requérants restent dans la situation qui leur était faite par la jurisprudence de l'arrêt Champy et ne sont pas admis, plus que par le passé, à se fonder sur la violation d'une instruction de service à caractère général. C'est l'arrêt Fabre et c'est l'arrêt Cochet d'Hattecourt, le premier laissant encore au Conseil d'Etat une échappatoire ; le second repoussant presque brutalement le moyen et enfermant avec rigueur l'instruction dans son cadre de droit purement intérieur de l'Administration.

a) Fabre et consorts, propriétaires riverains, déféraient au Conseil, en 1913, un arrêté préfectoral réglementant les ouvrages de retenue et de décharge d'un moulin, au détriment de leurs intérêts et en violation d'ailleurs des prescriptions de circulaires ministérielles. L'arrêt, qui s'appuie sur une distinction caractéristique entre le recours administratif et le recours juridictionnel, statue comme suit sur le moyen invoqué :

« Considérant que si les intéressés pouvaient soutenir, à l'appui de leur recours administratif devant l'autorité supérieure, ainsi qu'ils l'ont fait, que la

réglementation de l'usine était défectueuse et contraire aux prescriptions techniques des circulaires ministérielles, *de semblables griefs ne portent pas sur des illégalités* de nature à entacher d'excès de pouvoir l'arrêté attaqué.» (4 août 1913, *Recueil*, p. 979.)

En d'autres termes, le Conseil ne veut contrôler, par le recours pour excès de pouvoir, que la légalité proprement dite. L'inobservation d'une prescription technique peut être invoquée à l'appui du recours administratif, qui ne sort pas de l'Administration active, laquelle y est à la fois juge et partie. Elle ne peut l'être à l'appui d'un recours juridictionnel qui met face à face l'Administration active et l'administré, en présence d'un pouvoir supérieur qui doit décider entre eux. Somme toute, c'est l'idée de droit intérieur qui transparaît ici, sous couleur d'opposer la technique à la légalité. La meilleure preuve en est que, si les prescriptions techniques invoquées avaient été édictées par une loi ou par un règlement, leur inobservation eût parfaitement entaché d'excès de pouvoir, le cas échéant, la décision attaquée.

b) Aussi bien, le Conseil d'Etat oppose-t-il franchement, quelques années plus tard, l'argument tiré du caractère d'acte d'administration intérieure, démontrant ainsi que son ancienne jurisprudence reste, au moins pour certains requérants, aussi vivace qu'en 1868 dans l'arrêt Champy. Reportons-nous, en effet, à cet arrêt; un préfet avait pris des arrêtés revisant certains règlements, sans observer une formalité qui apparaît substantielle: la consultation

préalable de l'autorité supérieure. Le Conseil repoussa le moyen fondé sur la violation des formes prescrites par de simples circulaires, lesquelles « ne constituaient qu'une instruction adressée par l'Administration à ses agents, dont l'inobservation ne pouvait donner droit aux parties de faire annuler les arrêtés pris par le préfet ».

Prenons maintenant, à cinquante ans d'intervalle, l'arrêt Cochet d'Hattecourt (22 février 1918, S. 1921. 3. 9). Un champ de tir n'a pas été établi conformément aux règles fixées par le Ministre dans une instruction du 8 février 1903. Un propriétaire riverain demande au Ministre la fermeture de ce champ et, sur refus, se pourvoit devant le Conseil d'Etat. Il se voit débouté sans examen au fond, parce que

« il se fonde uniquement sur l'inobservation des instructions ministérielles concernant les champs de tir », et « ces instructions n'ont que le caractère d'un *acte d'administration intérieure*, dont l'inobservation ne peut donner lieu à un recours contentieux ».

Le Conseil n'argue pas, cette fois, du caractère de prescriptions techniques, et, à plusieurs points de vue, l'arrêt Cochet d'Hattecourt apparaît doué de cette rigueur que nous signalions plus haut :

α) Le Ministre plaidait aussi au fond que le champ de tir avait été établi et fonctionnait en conformité des instructions ministérielles. Le Conseil pouvait donc au moins s'assurer de ce fait ou en demander la preuve. Il s'en est abstenu, comme pour mieux mettre en évidence son refus d'admettre un moyen fondé sur la violation d'une simple instruction.

β) Dans l'espèce, ainsi que le fait remarquer M. Hauriou (note au *Sirey*, 1921. 3. 9), Cochet d'Hattcourt était singulièrement qualifié. « Il résultait de l'inobservation des précautions prescrites de graves menaces de danger ».

γ) Le Conseil concevait bien l'étendue et l'importance du préjudice qui pouvait résulter pour le requérant de cette inobservation; et, pour corriger la rigueur de son arrêt, il indiquait qu'il appartenait au propriétaire de demander à l'autorité judiciaire réparation des dommages, que le maintien du champ de tir pourrait causer à sa propriété (« de cas échéant, faire valoir ses droits à l'indemnité devant l'autorité judiciaire »).

Par conséquent, l'arrêt est typique. Il suit de là, écrit M. Hauriou, que les « instructions ministérielles ne font pas partie de la légalité, au sens de la violation de la loi, à la différence des règlements. Remarquons que, dans l'espèce, si l'installation du champ de tir avait été réglée par des arrêtés ministériels réglementaires... l'ouverture de la violation de la loi eût joué ». (S. 1921. 3. 9, note).

C'est donc bien la nature même de la circulaire, acte non réglementaire, qui fait son impuissance. A noter que nous sortons ici de la théorie de Laferrière et que nous la dépassons en sévérité. Pour cet auteur, l'instruction générale ou la circulaire manquait de force obligatoire, pour la seule raison qu'elle était prise par le Ministre, qui n'a pas, en principe, le pouvoir réglementaire. Si bien que, dans les cas où par exception ce pouvoir appartenait au Ministre

l'instruction générale, prise dans ces conditions, valait règlement. C'est ainsi que Laferrière explique l'arrêt Gaunard de 1864. De même M. Aucoc. Or, les idées ont évolué. On a admis que, dans la sphère de l'organisation du service public, les Ministres peuvent jouir du pouvoir réglementaire, qu'ils n'en sont démunis par principe qu'au point de vue de la police; les règlements de police territoriale étant source du droit pour tous et s'adressant au public, le droit de les prendre n'appartient qu'aux autorités ayant le pouvoir de police, au chef de l'Etat, au préfet, au maire. Ainsi la question ne se pose plus de savoir si, en la matière qu'il a réglée par voie de circulaire, le Ministre avait ou n'avait pas le pouvoir réglementaire. Le seul fait qu'une disposition quelconque est contenue dans un acte qui se présente avec l'aspect extérieur d'instruction de service, suffit à retirer à cette disposition sa force obligatoire. Cette force eût été entière si la même disposition était issue d'un arrêté réglementaire émané pourtant du même Ministre. Il est difficile de ne pas voir qu'il y a là une aggravation de l'ancienne jurisprudence. Ce sont les actes eux-mêmes, règlement et circulaire, qui s'opposent par leur nature propre. Tandis qu'au temps de Laferrière, seuls s'opposaient les auteurs de ces actes; l'auteur du règlement jouissait du pouvoir réglementaire que ne possédait pas, sinon à titre exceptionnel, le Ministre auteur de la circulaire.

c) Mais si les instructions ministérielles, en vertu de leur nature propre d'instructions de service, ne font pas partie de la légalité « au sens de la violation

de la loi», il semble qu'en 1918 les arrêts Morand-Monteil et Rageot soient nonavenus.

Non pas. « Faisons attention, écrit M. Hauriou sous le même arrêt Cochet d'Hattecourt, que le requérant est un tiers, un propriétaire étranger à l'Administration ». Nous retombons, par conséquent, dans la distinction entre les requérants que nous avons vue apparaître au cours de la première partie : les uns, purs tiers, qui sont censés ne point connaître l'instruction de service; les autres, tenus par un lien plus ou moins étroit à l'Administration et qui peuvent plus naturellement connaître l'instruction. Pour les premiers, nous venons d'essayer de démontrer que l'ancienne jurisprudence avait persisté. Mais, pour les seconds?

2) Sans prendre, dès l'abord, un cas où le lien qui les unit à l'Administration soit hiérarchique, supposons qu'une collectivité morale qui ne se rattache à l'Administration que par le lien de la tutelle intente un recours. Sous l'empire de ce lien, quelle sera, après 1907 (1), la force obligatoire de l'instruction générale? Une commune, par exemple, peut-elle solliciter l'annulation d'une décision préfectorale qui viole une circulaire ministérielle? (Saint-Memmie, 30 avril 1909, *Recueil*, p. 432.)

Le préfet de la Marne avait donné l'ordre à l'instituteur de Saint-Memmie de remettre au maire les emblèmes religieux pouvant se trouver dans les écoles de la commune. Or, une circulaire du Ministre

(1) Morand-Monteil est du 2 août 1907.

de l'Instruction publique, du 2 novembre 1882, interdisait aux instituteurs une intervention ou initiative quelconque en cette matière. Le Ministre objecte que « l'inobservation de la circulaire... d'ailleurs inexactement interprétée par la commune requérante, ne saurait entraîner l'annulation de la décision préfectorale attaquée ». C'était son argumentation ordinaire, celle que le Conseil d'Etat avait implicitement rejetée dans l'arrêt Morand-Monteil, celle qu'il rejettera formellement, quatre mois plus tard, dans l'arrêt Rageot (6 août 1909). Dans le cas présent il la néglige et, sans discuter en lui-même le fait de violation de circulaire, il se contente d'examiner si, au fond, le préfet a excédé ou non ses pouvoirs. Mais n'est-ce pas reconnaître au moins implicitement que la commune de Saint-Memmie était recevable à invoquer cette violation ?

Si la solution diffère de celle que l'arrêt Cochet d'Hattecourt donnera en 1918, c'est peut-être précisément parce que, vis-à-vis de la circulaire, acte d'administration intérieure, la situation d'une commune, soumise au pouvoir de tutelle et apparaissant par là comme une collaboratrice surveillée de l'Administration centrale, n'est point celle d'un simple propriétaire riverain. Celui-ci n'a à connaître de l'Administration que les actes qui s'adressent directement au public.

β) *A fortiori*, les fonctionnaires, et d'une manière générale ceux qui sont soumis au pouvoir hiérarchique et incorporés temporairement ou définitivement à l'institution administrative, semblent-ils

fondés à prétendre tirer des droits de l'instruction générale. Elle est sans doute un acte d'administration intérieure; mais eux, ne font-ils pas partie de l'administration intérieure? Nous savons déjà (cf. première partie, p. 142) que leur situation, et la façon dont elle est déterminée, constituent un domaine propre de nature toute spéciale.

Parvenus ainsi à notre distinction capitale, nous allons essayer d'en mesurer la portée précise. Ce sera l'objet de notre deuxième section.

SECTION II

LA JURISPRUDENCE NOUVELLE, RÉSERVÉE AUX RECOURS DES MEMBRES DE L'INSTITU- TION ADMINISTRATIVE.

CHAPITRE PREMIER

Ses raisons d'être et sa justification théorique par M. Hauriou

A point de vue de l'annulation, le Conseil d'Etat, nous le savons, a souvent admis les fonctionnaires, à partir de 1911 (Rossi), à lui déférer les circulaires qui lésaient leurs droits à des avantages pécuniaires, honorifiques ou de carrière, droits tenus de la loi. Mais lorsque ces droits ont été, au contraire, créés par des circulaires, le Conseil d'Etat va-t-il pour cette raison leur dénier le caractère de droits, en refusant d'annuler les actes pris en violation des circulaires qui les ont créés ? Voilà dans quelles limites il convient, selon nous, d'enfermer la question. Et la réponse nous est fournie par les arrêts Morand-Monteil et Rageot. De ce que les formalités substantielles, qui

constituent pour le fonctionnaire une garantie que ses droits seront respectés, sont prescrites par une instruction générale, il ne s'ensuit pas qu'elles perdent, pour cela, leur caractère substantiel. Porter atteinte à ces droits en n'observant pas ces formalités, c'est commettre un excès de pouvoir.

* * *

Comment se fait-il que le Conseil d'Etat ne se soit pas inspiré de cette notion d'équité avant 1907 ? Développons ici ce que nous n'avons fait qu'entrevoir au cours de la première partie : une évolution en faveur des fonctionnaires se dessine à partir de 1903. Nous en avons des témoignages nombreux et concordants.

M. Hauriou, dans une note sous l'arrêt Blot (26 janvier 1912, S. 1913. 3. 17), écrit : « Avec le réveil de l'esprit corporatif, les corps de fonctionnaires commencent à s'émouvoir des irrégularités qui sont commises dans les nominations et avancements. Des fonctionnaires, retardés dans leur avancement par passe-droit, forment des recours... ».

M. Jèze, dans ses notes de jurisprudence (*Revue de Droit public*, 1904, II, 807), signale la tendance du Conseil à approuver cet état d'esprit : « La jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat donne aux fonctionnaires les garanties les plus sérieuses que la stabilité, que les textes leur assurent en tant que titulaires d'une fonction déterminée, ne pourra pas être diminuée par l'arbitraire ». Et plus loin, il

précise encore comme suit : « Nous sommes en présence d'une construction jurisprudentielle toute récente du Conseil d'Etat. *Celui-ci s'est posé en défenseur des fonctionnaires publics; il leur a ouvert très largement les portes du recours pour excès de pouvoir* contre les décisions disciplinaires ou de révocation dont ils pouvaient se plaindre ».

Un arrêt Warnier, du 7 juillet 1905 (*Recueil*, p. 625), souligne ce qui précède. Sous l'empire de l'arrêté ministériel du 19 mars 1900, l'avancement de classe des sous-ingénieurs des Ponts et Chaussées avait lieu exclusivement à l'ancienneté. Le requérant, Warnier, eût donc nécessairement dû figurer au nombre des cinquante sous-ingénieurs de la promotion élevés à la première classe de leur grade. Ainsi statue le Conseil d'Etat, en énonçant que l'on ne peut reconnaître au Ministre un « *pouvoir discrétionnaire d'appréciation qui ne saurait se concilier avec le principe d'avancement à l'ancienneté* posé dans l'arrêté réglementaire alors en vigueur, du 19 mars 1900 ». Le Ministre des Travaux publics avait excédé ses pouvoirs. Son pouvoir discrétionnaire se brisait contre les règles organisant l'avancement.

*
* *

Ceci posé, nous nous expliquons l'avènement vers 1907, de la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de violation d'instruction générale. Mais, au regard des simples administrés, de ceux qui, vis-à-vis de l'Administration, sont de purs tiers, le

Conseil n'a pas considéré, nous l'avons vu, que l'instruction générale pût contenir des formalités substantielles. Sur quel fondement s'est-il au contraire appuyé pour la faire concourir au même titre que tout autre texte à la garantie des droits des fonctionnaires ? Nous avons fait pressentir la réponse à cette question à la fin du chapitre précédent. Ce fondement est d'ailleurs implicite, en ce sens que jamais le Conseil d'Etat n'y a fait allusion formellement. Mais M. Hauriou l'a magistralement dégagé dans des notes éparses sous divers arrêts, et ceci demande qu'on s'y arrête.

Le fondement dont nous venons de parler est issu de la notion de vie intérieure des Administrations publiques, liée elle-même intimement à la notion de l'institution administrative. Nous citons l'éminent doyen de la Faculté de Toulouse : « L'institution administrative, écrit-il, a son droit à elle, édicté en grande partie par le pouvoir administratif sous forme de règlements et de circulaires » (*D. A.*, 10^e édit., p. 14). Du même, en 1913 (note sous l'arrêt *Le Moign*, S. 1913. 3. 105) : « Dans l'évolution qui l'emporte vers l'élargissement constant du domaine du recours pour excès de pouvoir, la jurisprudence du Conseil d'Etat nous paraît avoir franchi déjà la limite assez imprécise qui sépare les règlements territoriaux des règlements intérieurs. En 1909, elle l'a franchie quand elle a décidé que la violation d'une circulaire prend, au regard du corps de fonctionnaires auxquels elle s'applique, la valeur de violation d'un règlement ou d'une loi. Car une circu-

laire administrative n'est pas un règlement territorial, c'est un règlement intérieur de la corporation administrative».

Et poussant à fond l'idée d'instruction, de corporation, M. Hauriou ajoutait : « Les règlements corporatifs... du moment qu'ils sont faits à l'intérieur du groupe, deviennent l'œuvre du groupe et s'appliquent à tous les membres de celui-ci, de même qu'ils deviennent la garantie commune de tous les membres : une circulaire, faite par un Ministre dans un corps de fonctionnaires hiérarchisés, devient, à ce point de vue, la chose du corps des fonctionnaires, tout autant que s'ils avaient eux-mêmes délibéré le règlement en assemblée».

Nous retiendrons surtout cette formule : « *règlement intérieur de la corporation administrative* ». Lorsque le Conseil d'Etat rejetait la fin de non-recevoir du Ministre, qui opposait aux requêtes de Morand-Monteil et de Rageot le défaut de valeur réglementaire des instructions invoquées, ne s'inspirait-il pas de cette conception profonde ? Sans doute, les instructions ne sont pas des règlements territoriaux et en ce sens elles n'ont pas de valeur réglementaire ; mais elles sont des « règlements intérieurs » de l'institution administrative et, comme telles, elles doivent « constituer la garantie commune de tous les membres » de cette institution.

Une objection vient cependant à la pensée. Est-il possible d'admettre le recours pour excès de pouvoir dans cette matière intérieure et corporative ? « Pourquoi pas, répond sans hésiter M. Hauriou ; c'est une

matière d'administration publique, et dans toute l'administration publique il importe d'établir le principe que toute décision particulière est subordonnée aux règles générales qui ont été posées.» Nous sommes ainsi ramenés à l'idée de la bonne administration publique, qui est à la base du recours pour excès de pouvoir, auquel elle confère son caractère éminemment objectif. Cette idée nous permet de condamner absolument les termes de certains arrêts antérieurs à 1907 et tels que l'arrêt Mabile, de 1883 (supra, p. 201) : le Conseil d'Etat, tout en qualifiant de mesure « de bonne administration » telle prescription édictée par une circulaire, n'en spécifiait pas moins que la violation de cette prescription était impuissante à ouvrir le recours pour excès de pouvoir. Comme si ce recours n'était pas fait précisément pour assurer cette bonne administration !

Quoiqu'il en soit, voici justifiée en théorie la jurisprudence nouvelle qui fait de la violation de l'instruction générale une ouverture valable à l'appui de certains recours : recours formés par des membres de l'institution administrative, vis-à-vis desquels l'instruction générale constitue un règlement intérieur, un fragment de droit interne. Mais la même ouverture est refusée aux tiers. Les circulaires vis-à-vis d'eux ne valent pas règlement, elles ne font pas partie de la légalité, « parce que les tiers ne sont pas à l'intérieur de l'Administration. Au regard des fonctionnaires du service, au contraire, elles font partie de la légalité, parce que ceux-ci sont à l'inté-

rieur de l'Administration. Elles ne produisent donc d'effet de droit et n'ont valeur de règles de droit qu'à l'intérieur de l'Administration; mais à l'intérieur de l'Administration elles ont cette valeur». (Note de M. Hauriou au *Sirey*, 1921. 3. 9.)

CHAPITRE II

Nécessité de compléter la théorie de M. Hauriou par la distinction des dispositions impératives et des dispositions simplement indicatives.

Nous venons de citer M. Hauriou sans faire aucune restriction ni réserve. Sa théorie nous paraît en effet répondre, dans ses grandes lignes, à la réalité jurisprudentielle. Mais, désirant dégager avec précision les solutions données par le Conseil d'Etat sur le point délicat que nous étudions, nous avons maintenant à serrer de plus près l'expression même d'une interprétation nécessairement un peu doctrinale de la jurisprudence.

M. Hauriou pose en principe, d'une façon absolue, qu'à l'intérieur de l'Administration les circulaires ont valeur de règle de droit. Mieux, dans une note sous l'arrêt Sambat (S. 1921. 3. 25), il écrit : « L'Administration *se lie toujours elle-même* par une circulaire tant qu'elle n'est pas rapportée ». Sous cette forme, le principe apparaît déjà un peu rigide. Voici que M. Hauriou accentue encore ce caractère et semble faire de la notion de règlement intérieur le critérium unique, non seulement nécessaire mais encore suffisant : ne vient-il pas, en effet, dénier for-

mellement toute portée à certaines formules que le Conseil d'Etat a parfois introduites dans les arrêts ? Nous savons que le haut tribunal n'est, en général, pas prodigue de mots et que tous ceux qu'il emploie ont leur valeur et leur raison d'être; aussi *a priori* l'affirmation suivante de M. Hauriou nous donne l'impression de dépasser la réalité des choses :

« Nous ne croyons même pas qu'il y ait lieu de s'arrêter à la circonstance exprimée dans Rageot, que l'instruction ministérielle « a eu pour but d'assurer des garanties au personnel »; ou à cette autre circonstance, relevée dans d'autres arrêts, que l'instruction ministérielle a été prise en exécution de telle loi ou de tel décret. Nous croyons que *la considération dominante et suffisante est que l'instruction ministérielle a été prise dans le service intérieur et qu'elle s'applique aux agents du service intérieur.* » (Note sous Cochet d'Hattecourt, S. 1921. 3. 9.)

* * *

Que l'instruction générale ait été prise, ainsi que l'a écrit l'éminent auteur, dans le service intérieur, et qu'elle s'applique aux agents de ce service, c'est bien là une condition nécessaire pour que le Conseil d'Etat reçoive en la forme le moyen fondé sur la violation de cette instruction. Ce n'est pas, selon nous, une condition suffisante pour que l'Administration soit liée. Autrement dit, l'Administration n'est liée que vis-à-vis des agents du service intérieur; mais, vis-à-vis d'eux, elle l'est ou elle ne l'est pas, suivant les cas. Et, dans ce simple mot, « sui-

vant les cas», se trouve justement, croyons-nous, la clef de l'énigme. Avant de décider si l'Administration est liée ou n'est pas liée, le Conseil d'Etat envisage le contenu matériel de l'instruction générale.

Où arrivons-nous donc, si ce n'est à une distinction féconde, qui d'ailleurs a été également mise en lumière par M. Hauriou, à l'occasion d'autres matières que la nôtre. Tant il est vrai qu'un esprit de la puissance juridique de celui-là fournit même les corrections à apporter aux généralisations qu'il a pu être tenté de faire. Après avoir dégagé en 1913, dans sa note sous l'arrêt Le Moign, la notion du règlement intérieur qui, à l'égal de toute règle générale, doit se subordonner les décisions particulières, M. Hauriou ajoutait en effet :

« Non pas que toute violation du règlement intérieur doive nécessairement entraîner l'annulation, car le juge pourra faire la *distinction des dispositions impératives et de celles qui ne le sont pas*, ainsi qu'il l'a fait pour des dispositions de loi. »

Telle est précisément la distinction qui devra s'appliquer dans le cas de violation du règlement intérieur constitué par l'instruction générale. Analysant, dans son *Droit administratif* (10^e édit., p. 453), l'ouverture du chef de violation de la loi, notre auteur ne suggère-t-il pas incidemment de faire cette application? Après avoir rappelé que le Conseil d'Etat « astreint les autorités administratives à subir les premières les règles » qu'elles ont établies, après avoir rangé les circulaires au nombre de ces

règles obligatoires, M. Hauriou émet immédiatement cette restriction : « Mais il faut que la disposition légale ou réglementaire soit obligatoire pour l'Administration, c'est-à-dire qu'elle soit *impérative*; or, il se peut qu'elle soit simplement *indicative* ou permissive, auquel cas la violation de la disposition ne constitue pas une violation de la loi ». Et nous trouvons en note cette observation, qui est absolument caractéristique :

« Ceci est une question nouvelle que je me suis permis de soulever à l'occasion de dispositions réservant certainement à l'autorité militaire un *pouvoir discrétionnaire très large*. Il m'a paru que la distinction des lois impératives et des lois permissives, qui a son application vis-à-vis des particuliers, devait l'avoir aussi vis-à-vis de l'Administration. »

* * *

Nous retiendrons ce mot : « pouvoir discrétionnaire ». Notre conviction est que, dans l'effort admirable qu'il poursuit depuis cinquante ans pour restreindre de plus en plus par le recours pour excès de pouvoir le domaine de l'arbitraire administratif, le Conseil d'Etat s'est toujours montré humainement judicieux et hautement impartial. Il s'est attaché à ce que le pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire la faculté laissée à l'Administration de prendre ou de ne pas prendre une décision, ou de ne pas la prendre immédiatement, même si elle est prescrite formellement par un texte, ne dégénère pas en arbitraire, au plus mauvais sens de ce mot. Mais il s'est soigneu-

sement gardé d'abuser de l'autorité qu'il est parvenu à conquérir et de brider trop étroitement l'Administration.

Or, nulle part ailleurs, cette largeur de vues ne s'impose autant que dans la sphère de l'instruction de service. La loi, le décret, l'arrêté ministériel, de par leurs formules mêmes et une certaine solennité qu'ils revêtent, apparaissent destinés à contenir, avant tout, des prescriptions impératives. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que certaines de leurs dispositions peuvent être considérées comme simplement indicatives ou permissives. En d'autres termes, il existe en quelque sorte, pour ces actes, une présomption de prescriptions impératives. Mais il n'en va pas de même d'une instruction générale, d'une circulaire, qu'en principe l'autorité supérieure rédige dans le but de diriger le travail des agents sous ses ordres. Il suffit, pour s'en rendre compte, de comparer entre elles plusieurs circulaires, en s'attachant à leurs termes. Les unes sont catégoriques : « j'ai arrêté les dispositions ci-après », « j'ai décidé que des mesures seraient prises » — et parfois concises comme un arrêté. D'autres, au contraire, conseillent, invitent, suggèrent : « j'attacherais du prix à », « il importe que », « j'attire votre attention sur », « il vous appartient de ». De même, au point de vue du fond, le contenu des circulaires est extrêmement variable. On ne pouvait lier complètement l'Administration à cette infinité de règles, de conseils, de suggestions ; il était impossible de ne pas laisser ici « une large place au pouvoir discrétionnaire ».

Il fallait cependant au Conseil d'Etat un critérium pour ainsi dire au second degré. Il était trop aisé de dire : toutes les dispositions sont impératives ou toutes les dispositions sont indicatives. Ce critérium, nous croyons, contrairement à M. Hauriou, que le Conseil d'Etat l'a trouvé dans les deux idées de garantie des droits et d'exécution de la loi ou du décret. L'idée de garantie contient d'ailleurs celle de formalité substantielle, la formalité n'étant substantielle que parce qu'elle confère une garantie aux droits des agents du service intérieur. La seconde idée (exécution de la loi ou du décret) se ramène fréquemment elle-même à la précédente. Souvent, en effet, les garanties que la loi ou le décret ont voulu conférer aux agents ne pourraient assurer à ceux-ci une protection efficace sans la disposition interprétative et complémentaire contenue dans l'instruction générale.

Mais, pour ne pas tomber sous le reproche de construire une théorie dans le vide, essayons de confirmer la nôtre par l'étude des solutions jurisprudentielles nouvelles.

CHAPITRE III

Les dispositions impératives. — Garantie des droits. — Exécution de la loi ou du décret

Reprenons, dans l'esprit du chapitre précédent, les deux arrêts Morand-Monteil et Rageot. Du texte de l'arrêt Morand-Monteil, il ne découle formellement qu'un principe : des formalités, considérées comme substantielles, peuvent être contenues dans une simple instruction. Elles sont obligatoires pour l'Administration du fait de leur nature même, indépendamment du caractère extérieur de l'acte qui les contient. Elles sont, par essence, impératives, parce qu'elles sauvegardent le droit d'un officier à n'être mis en non-activité qu'avec certaines garanties.

L'arrêt Rageot, plus affirmatif, pose que l'instruction elle-même, à l'égal d'un texte législatif ou réglementaire, crée aux fonctionnaires des droits aux garanties qu'elle confère (réunion en conférence, par le directeur, des sous-directeurs et chefs de bureaux; examen avec eux des mérites de chacun au point de vue avancement). Mais le Conseil d'Etat invoque en même temps l'autorité du décret du 29 juillet 1899, en spécifiant que l'instruction ministérielle

ne revêt une telle valeur que parce qu'elle assure l'exécution de ce décret. Elle est impérative de ce fait

La grande portée de l'arrêt Rageot vient surtout, nous le savons, de ce que le Conseil d'Etat annule la décision du Ministre, pour la raison que l'instruction générale a été effectivement violée. C'est là une solution formelle et non plus simplement implicite. D'ailleurs, dans chaque matière, l'évolution du Conseil est la suivante: il reçoit d'abord en la forme, mais en rejetant au fond; puis il reçoit au fond, et sa jurisprudence alors est évoluée. L'arrêt Rageot est le produit évolué de l'arrêt Morand-Monteil.

* * *

Si nous cherchons dans la jurisprudence postérieure le prolongement de ces deux arrêts, nous serons amenés à distinguer trois catégories:

1^o Les arrêts d'où il découle implicitement que la violation d'une instruction générale contenant des formalités substantielles entraînerait, si elle était reconnue, l'annulation de l'acte (cf. arrêt Morand-Monteil).

Et ceux dans lesquels le Conseil d'Etat annule effectivement l'acte pris en violation d'une instruction générale qui confère des garanties ou assure l'application de la loi ou du décret (cf. arrêt Rageot).

2^o Les arrêts qui, en sens inverse, dénie au requérant le droit au fond d'arguer de la violation de l'instruction, pour le motif ouvertement donné que celle-ci ne contient pas de formalité substantielle,

ne confère pas de garanties, ne concourt pas à l'application de la loi ou du décret.

3^o Les arrêts, enfin, dans lesquels le Conseil d'Etat reconnaît, dès l'abord, que l'instruction n'a pu en l'espèce être violée, et déclare en conséquence le requérant non fondé, sans examiner le contenu même de l'instruction au point de vue de sa valeur impérative ou indicative.

* * *

1^o Voici tout d'abord deux arrêts de la première catégorie, donnant, l'un une solution implicite (cf. Morand-Monteil), l'autre une solution formelle (cf. Rageot).

a) Le lieutenant Digard se pourvoit, en 1914, contre une décision présidentielle le mettant en non-activité pour infirmités temporaires. Le Conseil d'Etat statue exactement dans les mêmes termes qu'en 1907 dans l'arrêt Morand-Monteil :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que les formalités substantielles dont l'accomplissement devait nécessairement précéder la décision attaquée et qui sont au nombre de celles que prévoit l'instruction ministérielle du 10 février 1908 sur le service courant, ont été remplies (Digard, 3 avril 1914, *Recueil*, p. 441) [1]. »

L'instruction seule est changée; il ne s'agit plus de celle du 15 septembre 1901, mais les formalités prescrites par l'instruction de 1908 sont tout aussi

(1) Cf. Maugard, 18 juillet 1919, *Recueil*, p. 639.

substantielles. Si elles avaient été violées, le Conseil d'Etat eût, sans aucun doute, annulé la décision présidentielle.

b) Le capitaine Marty, mis également en non-activité pour infirmités temporaires, prétend n'avoir été soumis à aucune visite d'examen ou de vérification, n'être passé devant aucune commission spéciale. En conséquence, il attaque la décision du Président de la République, qui a violé l'instruction générale du 10 février 1908. Le Conseil d'Etat va-t-il se borner à déclarer que, cette instruction ayant réellement été violée, la décision présidentielle est entachée d'excès de pouvoir et doit être annulée? Non pas, et l'on ne peut qu'être frappé par le souci qu'il témoigne d'analyser la nature de la disposition invoquée, afin de montrer que celle-ci est substantielle. Il tient à écarter l'objection suivant laquelle l'instruction de 1908 indiquerait simplement une façon de faire, conseillerait sans plus une procédure qui lui paraîtrait meilleure qu'une autre. Il affirme qu'au contraire la procédure spéciale prévue par cette instruction, et inspirée par une loi antérieure, ne peut absolument pas se suppléer :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le capitaine Marty a, par la décision attaquée, été mis en non-activité pour infirmités temporaires, sans avoir été préalablement soumis à la visite des commissions d'examen et de vérification prévues par l'instruction ministérielle du 10 février 1908; que cette visite, destinée à constater si l'officier est, à raison de son état de santé, dans le cas d'être mis

en non-activité pour infirmités temporaires, constituée, *par sa nature même, une formalité substantielle dont l'inobservation entache de nullité la décision de l'autorité militaire.*»

L'Administration alléguait que la constatation de l'inaptitude de l'officier à faire campagne avait eu lieu d'une autre manière, au moyen d'examens médicaux. Le Conseil d'Etat repousse catégoriquement cette excuse :

« Ces dernières constatations, opérées dans un but différent et dans des formes différentes n'ont pu, dans l'espèce, suppléer à *la procédure spéciale instituée par l'instruction ministérielle* précitée... par application de la loi du 19 mai 1834. » (30 janvier 1920, *Recueil*, p. 103.)

Ainsi, la stricte observation de la procédure instituée par l'instruction de 1908 est obligatoire pour l'Administration à peine de nullité, dès l'instant que cette procédure assure l'application de la loi et confère des garanties aux fonctionnaires du service. Nous sommes en présence de dispositions essentiellement impératives.

*
* *

2^o Passons à l'étude de la deuxième catégorie d'arrêts, qui statuent en sens inverse mais symétriquement. Le Conseil ici n'admet pas que l'Administration soit liée, en l'espèce, par telle ou telle disposition d'une instruction générale, cette disposition n'étant pas impérative. En effet, elle ne contient pas de formalité substantielle, elle ne confère pas de

garantie, elle n'assure pas l'application de la loi ou du décret.

a) *Formalités substantielles et garanties conférées.* — Parmi les prescriptions multiples de l'instruction du 10 février 1908 sur le service courant, se trouvait celle-ci : « Les officiers comptant trente ans de services effectifs, qui n'ont pas toute l'instruction militaire, l'énergie et l'activité que réclame leur emploi, sont *mis en demeure* de faire valoir leurs droits à la retraite et, s'ils n'en font pas eux-mêmes la demande, ils doivent être proposés d'office ». Quel est le caractère de cette mise en demeure ? On notera qu'une mise en demeure peut constituer une formalité substantielle. Le Conseil d'Etat avait apporté, en 1857, une exception à sa jurisprudence en faveur d'une circulaire qui prescrivait précisément cette formalité (1). Il considérait celle-ci comme substantielle, au point de vue de la bonne application du décret de 1852. Par contre, il semble bien que, dans le cas présent, la mise en demeure ne revête point un tel caractère. C'est l'avis qu'exprime le Conseil d'Etat, dans une série d'arrêts dont les termes sont d'ailleurs rigoureusement identiques (colonel Fumet, 30 janvier 1914, *Recueil*, p. 100; colonel Leray, 14 février 1919, *Recueil*, p. 140; Gibert, 1^{re} espèce, 27 juin 1919, p. 558; Marandet, 7 janvier 1921, p. 13).

Voici ces termes : « Sur le moyen tiré de la prétendue violation de l'article 250 de l'instruction sur le ser-

(1) Arrêt héritiers Merle, *supra* p. 233.

vice courant... Considérant que cette disposition n'a entendu créer pour les intéressés *aucune garantie spéciale* et n'a eu ni pour but ni pour effet de faire de cette mise en demeure une obligation pour l'Administration et un droit pour le requérant... Qu'il suit de là que le sieur... n'est pas fondé à demander l'annulation du décret attaqué comme ayant été pris en violation de l'instruction précitée». Reprenant de près ce libellé, faisons-en ressortir trois caractéristiques :

α) Une différence considérable le sépare de celui des arrêts rendus avant 1907. Dans l'arrêt Olivier (1905), le Conseil d'Etat se contentait d'affirmer que, l'instruction ne présentant aucun caractère législatif ou réglementaire, il n'avait pas à en tenir compte. C'était une sorte de rejet en la forme, alors qu'ici nous trouvons un examen au fond du contenu de l'instruction. Ce n'est qu'après cet examen que le Conseil déclare le requérant non « fondé » en l'espèce.

β) On remarque, en second lieu, une symétrie voulue avec l'arrêt Rageot. Il est affirmé que, cette fois, l'instruction n'a pas eu pour but de créer « aucune garantie spéciale » (Rageot : « pour but... de donner des garanties »). Cette notion est même analysée plus avant que dans l'arrêt de 1909, dans lequel le Conseil parlait seulement d'atteinte aux droits. Il indique ici soigneusement que la notion de garantie impliquerait, pour l'Administration une obligation, pour le fonctionnaire, un droit : mais, en fait, il n'y a pas garantie.

γ) Enfin, cette façon de s'exprimer : « sur le moyen

tiré de la prétendue violation », vient à l'appui de notre distinction des prescriptions impératives ou simplement indicatives. On ne peut violer que ce qui est susceptible de l'être. On ne viole pas une indication, ou du moins, cette violation ne peut trouver sa sanction au contentieux.

b) *Application de la loi ou du décret.* — L'instruction du 19 octobre 1906, qui est à la base de l'arrêt Rageot, avait eu pour but d'assurer l'exécution du décret du 29 juillet 1899. Mais, d'une part, certaines instructions générales, sans être en elles-mêmes contraires à la loi ou au décret, pourraient aboutir, si le Conseil leur reconnaissait une valeur créatrice de droits, à entraver l'application du décret ou de la loi. D'autre part, certaines autres instructions apparaissent incompatibles en elles-mêmes avec le texte ou l'esprit de la loi ou du décret. Dans les deux hypothèses, le Conseil d'Etat ne tiendra évidemment aucun compte de la violation de l'acte que nous étudions.

α) Voici des exemples du premier groupe d'instructions générales auxquelles nous venons de faire allusion :

Un décret de 1914 avait suspendu pendant la guerre, à l'égard des officiers frappés de peines disciplinaires, l'application de l'article 65 de la loi de 1905 (leur donnant droit à la communication de leur dossier). Une circulaire du Ministre de la Guerre, du 13 août 1917, recommanda néanmoins aux diverses autorités militaires de se conformer aux prescriptions de l'article 65 précité. En conséquence, un capitaine déplacé d'office, sans avoir eu communication de ses

notes, forme un recours contre la mesure qui le frappe. Mais le Conseil d'Etat estime que s'il appartenait au Ministre de faire, par la circulaire de 1917, une recommandation à ses subordonnés dans le sens indiqué, toutefois « ces instructions n'ont pu légalement avoir pour effet *d'ouvrir aux intéressés un droit* à la communication de leurs dossiers et de rétablir ainsi à leur profit une garantie que le Gouvernement et le législateur avaient expressément suspendue pendant toute la durée de la guerre » (Rohlf, 10 août 1918, p. 840).

De même, à la question de mise hors cadre d'officiers pour raisons de santé, une circulaire de 1916 donnait une solution bienveillante parfaitement légale en elle-même, mais qui ne pouvait davantage ouvrir aux intéressés un droit, sans faire obstacle à l'application du décret de 1878 (toute une série d'arrêts est dans ce sens. Voir *infra*, chapitre IV, p. 290).

§) En ce qui concerne le second groupe d'instructions générales, incompatibles en elles-mêmes avec l'esprit de la loi ou du décret, il nous suffira de citer l'arrêt Hanna-Charley (1^{re} espèce, 14 mai 1920, *Recueil*, p. 473) et l'arrêt Huguen (28 janvier 1921, *Recueil*, p. 100), le premier au point de vue du décret, le second au point de vue de la loi.

Hanna-Charley, instituteur public à la Guadeloupe, invoque, contre une décision disciplinaire qu'il attaque, le moyen tiré de l'inobservation d'une circulaire. Le Conseil reprend en propres termes ce moyen et statue comme suit : « Considérant que le statut disciplinaire applicable aux instituteurs de la Gua-

deloupe est le décret du 23 août 1902, aux dispositions duquel ne sauraient être applicables *en ce qu'elles leur ont de contraire*, les *indications* de la circulaire du 25 février 1909 invoquée à tort par le requérant » (on remarquera le mot « indications », qui confirme, ici encore, notre théorie).

Dans l'arrêt Huguen (ex-maître fourrier de la marine), le Conseil décide également qu'une instruction ministérielle qui aurait pour effet de priver certains officiers marinières des avantages accordés aux mobilisés, méconnaît par là une disposition législative (l'article 1^{er} de la loi du 22 mars 1919) et ne saurait prévaloir contre elle.

*
* *

3^o Nous arrivons enfin à la troisième catégorie d'arrêts, dont il nous faut fixer l'exacte portée.

L'arrêt Morand-Monteil, en 1907, et plus tard l'arrêt Digard, en 1914 (supra, p. 278), donnaient une solution sans doute implicite, mais néanmoins très claire. On peut, en effet, affirmer avec certitude que, si les formalités substantielles dont il est question n'avaient pas été remplies, le Conseil eût annulé la décision prise en violation de l'instruction générale. Or, un nombre considérable d'arrêts nous mettent en présence de solutions également implicites, mais beaucoup moins claires. M. Hauriou s'exprime comme suit à leur propos, après avoir posé en principe absolu que les instructions ministérielles valent règlement au regard des fonctionnaires, et que si quelque déci-

sion particulière du Ministre les a violées, cette décision est annulée pour violation de la loi :

« Il y a, sur ce point, une jurisprudence déjà abondante et concordante... La plupart de ces arrêts reconnaissent au fond que les instructions ministérielles n'ont pas été violées, et qu'en conséquence il n'y a pas illégalité de la décision, *ce qui est admettre implicitement que si les instructions avaient été violées, il y aurait illégalité, ce qui, dans tous les cas, est admettre la recevabilité du recours.* » (Note sous Cochet d'Hattecourt, au *Sirey*, 1921. 3. 9.)

Avant de discuter l'interprétation du savant auteur, relevons, au hasard des arrêts, quelques-unes des formules qui lui servent de base :

« L'Administration n'a pas fait une fausse application de l'instruction. » (Legendre, 25 février 1921, *Recueil*, p. 225.)

« C'est à bon droit que l'Administration n'a pas fait application des dispositions prescrites par l'instruction. » (Brusson, 26 mars 1909, *Recueil*, p. 331.)

« En fait, les prescriptions de la circulaire... ont été observées par l'Administration. » (Hanna-Charley, 2^e espèce, 14 mai 1920, *Recueil*, p. 474.)

Ainsi l'Administration n'a commis aucun excès de pouvoir, et l'on ne saurait arguer d'illégalité sa décision. Mais si elle avait fait une fausse application de l'instruction, si elle avait omis de l'appliquer dans un cas où elle était applicable, si elle n'en avait pas observé les prescriptions, quel verdict eût alors rendu le Conseil d'Etat ? Peut-on affirmer par raisonnement *a contrario*, que, dans tous les cas,

il eût considéré la décision ainsi prise par l'Administration comme entachée d'excès de pouvoir ? M. Hauriou est de cet avis, qui concorde d'ailleurs avec son opinion précédemment énoncée, que « l'Administration se lie toujours elle-même par une circulaire tant qu'elle n'est pas rapportée ». Mais si nous acceptons d'interpréter ainsi tous les arrêts implicites dont il s'agit, nous rompons avec notre théorie. Nous ne pouvons plus soutenir que, si l'Administration n'est liée que vis-à-vis des agents du service intérieur, vis-à-vis d'eux elle l'est ou elle ne l'est pas suivant les cas. Nous sommes amenés à admettre que la violation de toute circulaire non rapportée entraîne annulation, et à abandonner la distinction des dispositions impératives et des dispositions simplement indicatives.

Or, M. Hauriou lui-même n'est pas si affirmatif qu'il ne fasse malgré tout une réserve, sans insister et, pour ainsi dire, en glissant sur elle. Selon lui, reconnaître que les instructions n'ont pas été violées, et qu'il n'y a donc pas illégalité, c'est admettre implicitement qu'il y aurait illégalité si elles avaient été violées; c'est « *dans tous les cas... admettre la recevabilité du recours* ».

Nous croyons précisément que la seule conclusion ferme à tirer des arrêts en question est celle-ci : dès l'instant qu'un fonctionnaire invoque, à l'appui de son recours, une instruction générale qui n'a pas été observée, le moyen est admis en la forme sans discussion aucune; le requérant est parfaitement recevable à se fonder sur lui. Le Conseil d'Etat n'ob-

jecte plus que la violation d'une simple instruction ne saurait donner ouverture au recours. En ce sens, les quelques mots de M. Hauriou, soulignés plus haut, sont l'expression la plus exacte de la vérité jurisprudentielle.

Mais, en ce qui concerne l'admission du moyen au fond et l'obligation qui lierait, dans tous les cas, l'Administration sous peine d'excès de pouvoir, nous n'attribuons pas la même portée aux arrêts étudiés. Nous nous appuyons sur deux raisons essentielles :

α) On conçoit qu'en présence d'un recours qui se fonde sur la violation d'une circulaire, le Conseil d'Etat, s'apercevant à première vue que cette dernière ne s'appliquait pas à l'espèce, ou que l'Administration ne l'a pas violée, s'abstienne par pure raison de simplification pratique, de chercher plus loin. Quel besoin est-il, vu les circonstances, de dégager le véritable caractère, impératif ou indicatif, de la circulaire, de se demander si elle confère ou non une garantie, si elle contient des formalités substantielles, si elle concourt à l'exécution d'un décret ou d'une loi ?

Ce n'est pas à dire que le Conseil d'Etat eût annulé purement et simplement l'acte attaqué, sans examen au fond de la circulaire, dans le cas où celle-ci se serait appliquée à l'espèce, et où l'Administration l'aurait en fait violée. On se rend compte *a priori* que le Conseil hésite avant de condamner de but en blanc l'Administration et de porter une atteinte peut-être injustifiée à son pouvoir discrétionnaire.

β) Si nous passons dans le domaine des solutions formelles, nous ne voyons pas qu'on puisse relever un seul arrêt dans lequel le Conseil d'Etat déclare, sans plus : « La décision attaquée a été prise en violation de telle ou telle instruction générale et est, en conséquence, entachée d'excès de pouvoir ». Il précise davantage, à l'aide des notions de garantie, de formalité substantielle, d'exécution de la loi ou du décret. Or, en principe, il se dispense de ces précisions, lorsqu'il s'agit de la violation, non pas même d'un décret ou d'une loi, mais d'un simple arrêté ministériel réglementaire : ici, le fait de violation se suffit à lui-même. Il ne se suffit pas dans le cas qui nous occupe.

Par conséquent, les arrêts, qui reconnaissent au fond que les instructions n'ont pas été violées et qu'il n'y a donc pas illégalité, ne nous semblent pas susceptibles d'infirmer la construction jurisprudentielle que nous avons précédemment établie. Seule, la violation d'une instruction générale qui contient des dispositions impératives, peut entraîner l'annulation d'une décision, prise au détriment d'un agent du service intérieur.

CHAPITRE IV

Les dispositions simplement indicatives. — La limite du pouvoir discrétionnaire

Dans le texte des arrêts qui rejettent au fond les recours basés sur la violation d'instructions générales, le Conseil d'Etat ne spécifie pas seulement, ou ne spécifie pas toujours ce que les prescriptions de ces instructions ne sont pas : substantielles, impératives. Il indique souvent aussi ce qu'elles sont : des mesures de pure bienveillance, de simples indications. Et les deux formules se ramènent au fond à la notion du pouvoir discrétionnaire sagement compris, où le contrôle du Conseil d'Etat trouve sa limite.

a) *La pure bienveillance :*

Toute une série d'arrêts affirment que les circulaires invoquées par les requérants se bornent à édicter des mesures de pure bienveillance qui ne sauraient constituer des droits donnant ouverture au recours. Cette idée était déjà en germe avant les arrêts Morand-Monteil et Rageot, si l'on s'en réfère aux conclusions du commissaire du Gouvernement Saint-Paul dans une espèce Trévoux, jugée le 4 mars 1904 (*Recueil*, p. 178) : « On doit, disait-il,

écarter suivant nous le moyen emprunté à une circulaire du Ministre de la Guerre... il s'agit ici de circonstances toutes différentes... Et d'ailleurs l'*interprétation bienveillante* donnée à un article de loi dans une circulaire ne saurait être invoquée à l'appui d'un recours contentieux».

Dans les arrêts que nous allons examiner et que l'on relève à partir de 1917 (à la suite des premières années de la guerre), l'idée reçoit son plein développement. Ces arrêts résolvent tous la même question de mise hors cadre d'officiers de complément pour raisons de santé. Le décret du 31 août 1878 autorise cette mesure à l'égard des officiers de réserve ou de territoriale que les médecins militaires ont reconnu incapables d'exercer leurs fonctions pendant six mois au moins. Mais une circulaire, intervenue le 21 avril 1916, prescrit de maintenir en activité les officiers de complément évacués des armées à la suite d'infirmités provenant de blessures ou d'un fait de service.

Dans tous les cas envisagés cette circulaire, au dire des requérants, n'avait pas été observée. Or, le Conseil d'Etat ne discute pas le fait qu'elle l'ait été ou non, il indique même parfois que ce fait n'a pas à influencer sur la solution qu'il donne (« alors même que le requérant se serait trouvé dans la situation prévue par lesdites instructions, dont il réclame le bénéfice » : Laporte, 20 mars 1920, *Recueil*, p. 324; Demont, 4 février 1921, p. 125).

Blanchard, officier de complément, soutenait qu'en lui refusant le bénéfice de la circulaire de 1916, le

Ministre de la Guerre avait excédé ses pouvoirs, car l'affection dont il avait été atteint provenait d'une fièvre typhoïde contractée aux armées. Le Ministre contestait d'ailleurs cette affirmation de l'origine de la maladie. Mais le Conseil d'Etat ne s'arrête pas à cette controverse et se borne à répondre :

« Considérant que si la circulaire... prévoit une *mesure de pure bienveillance* à l'égard de certaines catégories d'officiers, elle n'est de nature ni à faire obstacle à l'application du décret du 31 août 1878, ni à créer des droits au profit des intéressés; que, dès lors, le sieur B... n'est pas fondé à en invoquer les dispositions. » (28 décembre 1917, p. 865. Cf. entre autres Génin, 20 février 1920, *Recueil*, p. 169; Laporte, 1920, p. 324.)

b) *Les simples indications :*

Nombreux aussi sont les arrêts opposant en propres termes le caractère purement indicatif de telle ou telle circulaire. L'Administration ne saurait être liée par un acte dans lequel elle se borne à donner des indications d'ordre général aux inférieurs hiérarchiques. C'est ce qui découle notamment de l'arrêt Amadiou (22 juin 1917, *Recueil*, p. 487). Un soldat avait été maintenu dans le service armé par décision de la commission de réforme, laquelle ne s'était pas conformée aux mentions des circulaires de 1905 et 1916. Le Conseil estime que :

« Les circulaires ministérielles contenant l'énumération des différentes maladies et infirmités dont l'existence et le degré de gravité sont incompatibles

avec l'accomplissement du service armé, n'avaient, ainsi que le mentionne d'ailleurs le préambule desdites circulaires, qu'une *valeur purement indicative* pour les commissions spéciales de réforme investies d'un *plein pouvoir d'appréciation* en ce qui concerne le classement dans le service armé des hommes soumis à leur examen.»

Nous pourrions citer à cette place bien d'autres arrêts énonçant de même que telle ou telle disposition contenue dans une circulaire n'a que la valeur d'une simple indication. Mais le Conseil d'Etat ayant cru devoir ajouter, dans ces arrêts, que cette indication est « d'ordre intérieur », il y a là à première vue, si l'on se souvient du fondement même de la jurisprudence nouvelle, tel que l'a dégagé M. Hauriou, une anomalie. Nous essaierons de la comprendre dans le chapitre suivant, où nous avons groupé les exceptions apparentes à cette jurisprudence nouvelle.

c) *Le pouvoir discrétionnaire :*

L'arrêt Amadiou, qui précède, mettait en lumière non seulement l'idée de simple indication s'opposant à la prescription impérative, mais celle aussi d'appréciation discrétionnaire qui s'oppose à l'obligation sanctionnée par le recours (« plein pouvoir d'appréciation »). Or, ces deux idées sont étroitement liées; elles n'en font qu'une en réalité.

De même la notion de pure bienveillance ne se ramène-t-elle pas à celle d'appréciation discrétionnaire ? Opposer la mesure qui crée un droit à la mesure de pure bienveillance, qu'est-ce donc, sinon

opposer ce qui lie l'Administration, sous la sanction du recours, à ce qui ne saurait la lier, à ce qui reste entièrement subordonné à ce qu'elle fasse ou ne fasse pas, à ce qu'elle accorde ou n'accorde pas ?

Dans ces conditions, nous pouvons prévoir des arrêts dans lesquels le Conseil se fondera, formellement ou non, sur la seule notion de pouvoir discrétionnaire.

Citons le cas d'un fonctionnaire des Postes, à qui un changement de résidence avait été refusé par le Ministre et qui attaquait ce refus en s'appuyant sur une circulaire (Mailles, 31 mai 1920, *Recueil*, p. 537). Avant tout, le Conseil d'Etat pose, en principe, que l'Administration jouissait en la matière d'une complète liberté de décision :

« Considérant que la répartition des postes entre les agents d'une Administration relève en principe *exclusivement de l'appréciation discrétionnaire* de l'autorité qui, chargée de la direction de cette Administration, doit fixer les résidences d'après les intérêts du service. »

Cela étant, aucune circulaire ne saurait contenir ici de disposition impérative de nature à créer des droits aux agents du service intérieur :

« Considérant que si le Ministre des Postes et Télégraphes a indiqué, dans une circulaire, les conditions dans lesquelles il entendait, dans la mesure compatible avec l'intérêt du service, donner suite aux vœux des agents désireux de changer de résidence;

« Cette circulaire ne saurait être considérée comme

ayant créé, au profit du personnel qui y était visé, des droits dont la méconnaissance serait susceptible d'ouvrir aux intéressés un recours contentieux.»

La même préoccupation du Conseil d'Etat de respecter le pouvoir discrétionnaire de l'Administration se révèle dans des arrêts où il n'invoque pas formellement ce motif de rejet au fond, mais se borne à déclarer que telle circulaire ne saurait constituer un droit aux fonctionnaires du service. Un arrêt Boniquet, du 17 décembre 1920 (*Recueil*, p. 1073), est ainsi libellé : une circulaire, « si elle prévoit les conditions dans lesquelles des congés de fin de campagne pourront, par application du décret du 1^{er} mars 1890, être attribués à des officiers de réserve servant au Maroc, *n'a pas eu pour effet de consacrer un droit* au profit de ceux-ci ».

CHAPITRE V

Exceptions apparentes à la jurisprudence nouvelle

Les pages qui précèdent s'attachent à mettre en lumière cette double idée :

1^o Le Conseil d'Etat admet de prime abord les membres de l'institution administrative à se fonder sur la violation d'une instruction générale, pour demander l'annulation d'un acte qui leur fait grief;

2^o Mais ensuite et quand il s'agit de statuer au fond, le Conseil examine si l'Administration est liée ou non par l'instruction invoquée. Il considère qu'elle l'est, lorsque les dispositions contenues dans le texte de l'instruction sont impératives, soit qu'elles confèrent des garanties aux membres de l'institution administrative, soit qu'elles assurent l'exécution de la loi ou du décret. Mais l'Administration n'est pas liée si ces dispositions ne sont qu'indicatives et laissent entier son pouvoir d'appréciation discrétionnaire.

Il nous reste à nous demander si le Conseil d'Etat ne déroge pas à cette double règle jurisprudentielle. S'il le fait, quelle portée faudra-t-il attribuer à ces dérogations? Sont-elles, au fond, de véritables retours à l'ancienne jurisprudence, celle de l'arrêt Dumas (1853) et de l'arrêt Olivier (1905). Ou ne résultent-elles pas plutôt d'une sorte de persistance des termes anciens dans le libellé des arrêts nouveaux ?

A Des circulaires de 1915 et 1916 règlent la transmission hiérarchique des lettres de protestation des militaires. Dans une espèce Steiner (28 décembre 1917, *Recueil*, p. 866), les autorités n'avaient pas transmis des lettres du requérant. Il n'importe, répond le Conseil d'Etat, car « les circulaires dont il s'agit ne renferment que des *indications d'ordre intérieur*, formulées à l'usage de l'Administration, mais ne créant, en faveur des intéressés, aucun droit dont la méconnaissance serait de nature, etc. » (Cf. Roux, 21 novembre 1919, *Recueil*, p. 833).

L'article 256 de l'instruction du 10 février 1908 mentionne les cas dans lesquels il convient de proposer les officiers pour la mise en non activité à titre d'infirmités temporaires. Un pharmacien aide-major prétendait avoir été l'objet de cette dernière mesure sans qu'il se trouvât dans l'un des cas prévus par l'instruction. Mais la disposition de l'article 256, estime le Conseil, « n'a que le caractère d'une simple *indication d'ordre intérieur*, qui ne crée par elle-même aucun droit spécial aux intéressés et *laisse toute latitude à l'autorité militaire* pour proposer en dehors des cas sus-mentionnés... » (Jérémie, 21 janvier 1921; *Recueil*, p. 67).

Ainsi le Conseil d'Etat objecte le caractère « intérieur » de l'acte à des requérants qui, faisant partie de l'Administration, invoquent l'instruction générale, règlement *intérieur* de leur « corporation ». Mais l'on se souvient que, dans l'arrêt Cochet d'Hattecourt de 1918, un propriétaire, pur tiers vis-à-vis de l'institution administrative, n'est pas admis à se

fonder sur la violation de circulaires ministérielles pour une raison à peu près identique, à savoir que celles-ci n'ont que le caractère d'un « *acte d'administration intérieure* ». On est alors tenté de croire que le haut tribunal a abandonné, dans les arrêts que nous venons de citer, toute distinction entre les tiers et les membres de l'Administration; qu'il y a perdu de vue l'idée de règlement intérieur, à la faveur de laquelle il acceptait le moyen depuis 1907. Il y a là une anomalie, ainsi que nous l'annonçons plus haut (p. 293), en faisant prévoir les arrêts analogues aux deux arrêts précédents.

Mais cette anomalie cesse au fond d'en être une, si l'on veut bien entendre le mot « intérieur » en deux sens différents. Tout requérant qui tient par un lien étroit à l'Administration, envisagée en tant qu'institution ayant son droit à elle, est recevable sans exception à s'appuyer sur une instruction générale émanée du Ministre. Celle-ci, en effet, est *intérieure* (au sens large) à l'institution. Mais le même requérant peut, en l'espèce, n'être pas fondé si l'instruction est en même temps *intérieure* au sens étroit du mot. Nous entendons par là, si elle ne sort pas de l'Administration considérée non plus en tant qu'institution, mais en tant que pouvoir autoritaire et doué d'appréciation discrétionnaire. Cette instruction n'a alors de valeur que pour le supérieur qui l'a édictée et l'inférieur à qui elle est adressée en vue de son application; elle n'en a pas pour ceux justement à qui elle doit être appliquée.

Au reste, il ne faut pas attacher à ce terme « d'ordre

intérieur» une importance exagérée, au point de vue des raisons qui ont déterminé le Conseil d'Etat à statuer comme il le fait dans les arrêts ci-dessus. Le haut tribunal y tient compte, avant tout, du caractère purement indicatif des dispositions dont les requérants lui réclament la stricte observation. La limite du pouvoir discrétionnaire, ici comme dans le chapitre précédent, intervient pour expliquer le rejet au fond du moyen invoqué. Nous ne sommes pas, en réalité, en présence d'une exception.

B Par contre, il semble bien, dans d'autres arrêts, que le Conseil d'Etat revienne à son ancienne jurisprudence, qui ne distinguait pas suivant la qualité des requérants, simples tiers ou membres de l'institution administrative, et qui opposait dans tous les cas, sauf dérogations très rares, le caractère non réglementaire de l'instruction générale.

1^o Nous citons plus haut, comme type d'arrêt opérant la différence entre les dispositions impératives et les dispositions indicatives, l'arrêt Amadiou, de 1917 (*Recueil*, p. 487). Nous passons volontairement sous silence ses dernières lignes, qui sont les suivantes : « Ainsi le requérant n'est pas fondé à soutenir que la commission... en le maintenant dans le service armé aurait enfreint *un texte de loi ou de règlement* dont la violation lui aurait ouvert un recours pour excès de pouvoir... » Or, Amadiou soutenait que la décision de la commission de réforme n'était pas conforme aux circulaires sur l'aptitude physique au service armé. La citation précédente paraît donc impliquer que si le Conseil rejette le moyen au fond,

c'est parce que les circulaires invoquées n'ont le caractère ni de loi (ce qui est évident), ni même de règlement. La fin de l'arrêt va plus loin que le début, où le Conseil se bornait à opposer la « valeur purement indicative » des circulaires en question.

2^o Le 27 février 1919, le Conseil rend l'arrêt Faure (*Recueil*, p. 169). Un engagé pour la durée de la guerre concluait à la nullité de son engagement, qui avait été reçu avant le vingtième jour de la mobilisation, en violation, soutenait le requérant, des formes réglementaires. A la vérité, la disposition sur laquelle ce dernier se fondait était celle d'une circulaire du 15 août 1914. En vertu de quoi le Conseil d'Etat répond :

« Considérant que si, aux termes de la circulaire ministérielle du 15 août 1914, les engagements volontaires pour la durée de la guerre ne devaient être reçus qu'à partir du vingtième jour de la mobilisation, cette disposition, inspirée par des raisons de pure opportunité, n'a pu avoir pour effet d'édicter une prescription *réglementaire* dont l'inobservation entraînerait la nullité des engagements contractés avant le délai spécifié. »

M. Jèze indique que, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat « s'appuie sur la nature non réglementaire de la circulaire » (1). D'après le texte, nous serions porté à le croire.

3^o Voici d'ailleurs mieux encore : en 1921, un lieutenant d'infanterie attaque, devant le Conseil, une décision du Ministre de la Guerre relative à

(1) *Revue de Droit Public* 1922, p. 516, note 2.

l'avancement d'un de ses collègues au grade de capitaine. « Attendu, soutient-il, que la décision attaquée a méconnu l'article 77 de l'instruction ministérielle de juin 1912, aux termes de laquelle les chefs de corps ne peuvent faire état, dans leurs propositions relatives à l'avancement des officiers, des faits de guerre caractérisés accomplis par ces officiers que dans l'année même où ces faits se sont produits ».

Le Conseil d'Etat repousse la requête dans les termes suivants :

« Considérant qu'*aucune disposition de loi ou de règlement* n'a limité l'étendue de la période pendant laquelle peut s'effectuer l'inscription au tableau d'un officier qui s'est signalé par une action d'éclat. » (Legrand, 18 février 1921, *Recueil*, p. 178.)

Cette formule « *considérant qu'aucune disposition de loi ou de règlement* » n'a-t-elle pas été précisément, dans l'ancienne jurisprudence, une sorte de leitmotiv permettant de repousser en la forme et sans plus d'explication le moyen fondé sur la violation d'une instruction générale ? (Cf. ville de Bayeux, 1876, supra p. 205, et de Lacroix, 1883, supra p. 207). Est-il possible de soutenir ici que le Conseil d'Etat ne se met pas en contradiction formelle avec sa jurisprudence de l'arrêt Rageot ?

C Notons que le Conseil n'a pas toujours adopté, même depuis cet arrêt Rageot, ni poussé dans toutes ses conséquences l'idée de règlement intérieur. Il ne l'a pas fait notamment en matière de recours intentés par des conseillers généraux contre des délibé-

rations de leurs assemblées, qu'ils prétendaient prises en violation du règlement interne de ces assemblées. On lit dans l'arrêt Turmel, du 27 février 1914 (*Recueil*, p. 271) : « Les infractions que le Conseil général peut commettre lui-même au règlement établi par lui... ne constituent pas des illegalités pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir ». Ainsi le Conseil d'Etat affirme que le règlement établi par une assemblée ne fait pas partie de la légalité vis-à-vis même des membres de cette assemblée qui l'ont voté. Il ne fait aucune distinction entre le cas présent et le cas où des tiers étrangers à l'assemblée auraient invoqué la même violation de règlement intérieur.

Pour revenir à ce règlement intérieur spécial que l'instruction générale constitue vis-à-vis des membres de l'institution administrative, on concevrait donc que le Conseil d'Etat eût quelquefois rompu depuis 1907 avec la nouvelle jurisprudence affirmée à cette époque. Les arrêts précédents de 1917 (Amadiou), de 1919 (Faure), de 1921 (Legrand), et ce dernier surtout, paraissent bien apporter la preuve qu'effectivement il l'a fait.

En réalité, et en allant au fond des choses, nous voyons que l'exception, ici encore (1), n'est qu'apparente et se fait jour dans les termes des arrêts, où survivent des traces opiniâtres de l'ancienne jurisprudence, bien plus que dans la pensée même du Conseil d'Etat. C'est toujours essentiellement la distinction entre ce qui est impératif et ce qui crée

(1) Cf p. 298.

des droits d'une part, ce qui n'est qu'indicatif et ne lie pas l'Administration d'autre part, qui guide notre tribunal. Il se laisse seulement trahir dans l'expression de sa pensée par les mots ou par les formules toutes faites. Reprenons nos trois arrêts en partant de ce point de vue :

1^o L'arrêt Amadiou ne laisse point de doute, puisqu'aussi bien le Conseil commence par opposer le caractère indicatif des circulaires et n'oppose qu'ensuite, pour ainsi dire subsidiairement, leur caractère non réglementaire.

2^o L'arrêt Faure est plus délicat à interpréter, mais cependant ! Avant d'affirmer qu'aucune prescription réglementaire n'a été violée, il énonce que la disposition de la circulaire de 1914 était « inspirée par des raisons de *pure opportunité* ». Le Ministre de la Guerre, lui, avait argumenté que « les formalités dont le sieur Faure invoque l'omission n'ont été instituées que pour sauvegarder les intérêts de l'Etat », c'est-à-dire qu'elles n'avaient nullement pour but de conférer une garantie aux engagés. M. Jeze lui-même écrit, dans la *Revue de Droit public* de 1922 (p. 515 et 516) : « L'omission complète d'une forme n'est sanctionnée par la nullité de l'acte que s'il s'agit d'une forme aboutissant à organiser une garantie, si faible soit-elle; encore faut-il que l'omission complète n'ait pas été corrigée par telle ou telle circonstance de fait. Il ne faut pas que le respect de la forme aboutisse à des conséquences ridicules et à des nullités gênantes pour la bonne marche du service public... D'après une circulaire ministérielle, prise au début de la

guerre de 1914, les engagements volontaires pour la durée de la guerre ne devaient être reçus qu'à partir du vingtième jour de la mobilisation. Les engagements contractés avant ce vingtième jour étaient-ils nuls ? Le Conseil d'Etat ne l'a pas pensé».

On ne saurait mieux affirmer, que la bonne marche du service implique une latitude laissée à l'Administration dans l'observation des formes qui sont purement opportunes, indicatives, qui ne présentent aucun caractère substantiel. C'est, avant tout, cette idée et non pas le défaut de nature réglementaire de la circulaire de 1914, qui, en dépit des termes mêmes de l'arrêt, inspire le verdict du Conseil d'Etat.

3^o L'arrêt Legrand nous retiendra davantage. La question posée est celle de l'avancement des officiers. C'est au sujet des règles relatives à l'avancement que le Conseil avait rendu, en 1909, l'arrêt Rageot. On est, par conséquent, en droit de s'attendre à ce qu'il exige le respect de ces règles, même contenues dans une simple instruction générale. Bien au contraire, il se borne à constater « qu'aucune disposition de loi ou de règlement » ne prévoit de telles règles, et à en déduire que leur violation ne constitue pas un excès de pouvoir. N'est-ce pas là une exception caractérisée à son procédé ordinaire dans l'état actuel de sa jurisprudence ? Nous savons que ce procédé consiste, pour le Conseil d'Etat, à admettre en la forme le moyen fondé sur la violation d'une instruction quelconque, mais en se réservant d'examiner ensuite au fond la nature propre des prescriptions contenues dans l'instruction invoquée.

Ayons donc la curiosité de faire nous mêmes cet examen au fond que le Conseil d'Etat a négligé dans l'arrêt Legrand. La règle relative à l'avancement des officiers, issue de l'instruction ministérielle de juin 1912, revêtait-elle un caractère impératif? Ou, pour user du critérium que nous avons essayé de dégager, édictait-elle une formalité substantielle, conférait-elle une garantie aux officiers contre l'arbitraire administratif; assurait-elle la bonne application d'un décret ou d'une loi? Pas le moins du monde, et, à bien la pénétrer, elle restreignait au contraire, de façon plutôt critiquable, l'étendue des avantages qu'un officier peut prétendre tirer de ses actions d'éclat antérieures. Dans ces conditions, elle ne pouvait constituer qu'une simple indication, impuissante absolument à lier l'Administration. C'est parce que ce caractère apparaissait avec évidence que le Conseil d'Etat, sans analyse du fond, a statué elliptiquement dans les termes que l'on connaît. Il eût aussi bien développé complètement sa pensée si la nécessité lui en était apparue. Nous avons relevé des exemples caractéristiques montrant que, dans un cas exactement semblable, tantôt le Conseil d'Etat explique juridiquement et point par point ses motifs, tantôt se contente d'une terminologie vague ouvrant le champ à plus d'une interprétation.

Dans cet ordre d'idées, reportons-nous aux très nombreux arrêts relatifs à l'article 250 de l'instruction de 1908 sur le service courant, article qui prévoit que certains officiers seront mis en demeure de faire valoir leurs droits à la retraite (*supra* p. 281). Nous

avons cité la formule très fouillée par laquelle le Conseil rejetait le moyen au fond (« cette disposition n'a entendu créer pour les intéressés aucune *garantie spéciale* et n'a eu ni pour but ni pour effet de faire de cette mise en demeure une *obligation* pour l'Administration et un *droit* pour le requérant»). Or, sur cette même disposition de l'article 250, notre tribunal a rendu, en 1918, entre des arrêts contenant la formule précédente, l'arrêt Reneaux qui statue dans le même sens, mais n'est nullement explicite ni développé :

« Si l'admission du sieur Reneaux à faire valoir ses droits à la retraite n'a pas été précédée de la mise en demeure... cette circonstance n'est *pas de nature* à entacher d'illégalité ledit décret prononçant l'admission à la retraite. » (4 janvier 1918, *Recueil*, p. 7.)

Pourquoi cette « circonstance » n'est-elle pas « de nature » à entraîner l'annulation du décret ? Parce qu'elle a trait à une formalité prescrite par une simple instruction ? Non, sans doute, mais nous pourrions le croire. Le Conseil ne parle ici ni de garantie spéciale, ni d'obligation, ni de droit, et ne prend pas soin de spécifier que rien de tel n'est en question. Ce n'est que par les arrêts où il a développé sa pensée de la façon qui précède, que nous sommes à même d'interpréter l'arrêt Reneaux dans sa brièveté elliptique.

A quelle conclusion voulons-nous donc en venir à la faveur de cet exemple ? A celle-ci : en matière de violation d'instruction ministérielle générale, le

Conseil d'Etat ne s'astreint pas encore, même dans l'état actuel de sa jurisprudence, à statuer avec la précision, la concordance et la permanence d'expression qui se font jour dans les arrêts réglant des matières différentes. Semblables à des parasites, les formules anciennes se glissent dans le libellé des arrêts qui touchent à ce point spécial, et viennent même dénaturer la pensée réelle qui les inspire.

Par contre, en ce qui concerne le fond du droit, la jurisprudence actuelle nous apparaît comme absolument ferme. Si nous admettons des exceptions apparentes, qui ont leur source dans les termes même des arrêts, nous ne croyons pas qu'on puisse relever des exceptions réelles. C'est-à-dire que le Conseil d'Etat ne dénie plus jamais à un membre de l'institution administrative le droit de réclamer devant lui l'application à son égard d'une instruction générale, dont les dispositions sont impératives pour l'Administration. Nous entendons par là une instruction qui confère vraiment au requérant une garantie essentielle au point de vue de son « état », qui constitue le complément nécessaire et naturel d'une loi ou d'un décret fixant antérieurement cet « état ». On ne rencontre plus d'arrêts semblables à celui de 1853 (Dumas), qui refusait de considérer comme une irrégularité, susceptible d'ouvrir le recours, le défaut d'avis d'un chef de corps avant la mise à la retraite d'office d'un officier, sous prétexte que la formalité de l'avis, bien que substantielle, bien qu'assurant aux intéressés une garantie évidente, n'était prescrite

que par une simple instruction générale. De telles solutions, uniquement fondées, en dehors de toute considération d'équité, sur la présomption que l'acte invoqué ne présente aucune valeur réglementaire, n'ont plus cours, si l'on peut s'exprimer ainsi, depuis que les arrêts Morand-Monteil et Rageot ont posé les jalons d'une jurisprudence nouvelle.

SECTION III

UNE QUESTION CORRÉLATIVE : L'INSTRUCTION GÉNÉRALE, SUSCEPTIBLE DEPUIS 1907 DE CONFÉRER DES DROITS, PEUT-ELLE IMPOSER DES OBLIGATIONS TROUVANT LEUR SANCTION AU CONTENTIEUX

CHAPITRE UNIQUE

Symétriquement à l'exposé que nous avons fait de l'ancienne jurisprudence, il convient, en analysant la nouvelle, de consacrer quelques pages à la question de l'instruction générale considérée comme créatrice d'obligations. Les solutions auxquelles nous aboutirons constitueront, en quelque sorte, la contrepartie de ce qui précède.

On conçoit que l'instruction générale puisse créer des obligations à la charge des administrés d'une part, des collectivités soumises à la tutelle d'autre part, et enfin des fonctionnaires, en faisant pour ceux-ci une sous-distinction entre ce qui a trait au service et ce qui a trait à leur situation personnelle.

A priori, l'on ne voit aucune raison de reprendre

l'étude faite au titre I^{er}, en ce qui concerne les administrés (supra p. 255 et suiv.), puisqu'au point de vue des droits susceptibles de leur être ou non conférés, aucun changement n'a suivi pour eux les arrêts Morand-Monteil et Rageot. Nous n'avons pas relevé de décisions jurisprudentielles infirmant cette opinion préconçue. Après 1907 comme avant, l'instruction générale ne saurait imposer aux tiers d'obligations trouvant leur sanction au contentieux, toute question de légalité même mise à part.

Nous n'avons pas davantage relevé d'arrêts dans lesquels la question serait tranchée de savoir, si l'instruction peut imposer des obligations aux collectivités soumises à la tutelle. Dans le silence de la jurisprudence, on est porté à se demander si le Conseil d'Etat eût rendu, après 1907, un arrêt semblable à celui de 1896, Commune de la Teste de Buch (supra p. 213). Bien qu'au point de vue des droits conférés ou non, le Conseil manifeste, si l'on s'en réfère à l'arrêt Commune de Sainte-Memmie (supra p. 260), une tendance implicitement favorable, nous croyons qu'au point de vue des obligations susceptibles ou non d'être imposées, il n'eût pas varié. Nous nous fondons, pour émettre cet avis, sur les solutions essentiellement libérales que le Conseil a données à la question qui nous occupe, envisagée sous son troisième aspect, c'est-à-dire par rapport aux fonctionnaires.

M. Hauriou écrivait, on s'en souvient (note sous l'arrêt Fayard, supra p. 217), que les circulaires ne pouvaient ajouter aux obligations des administrés.

Mais il posait en fait, en interprétant l'arrêt de 1898, qu'il convenait de comprendre dans cette dénomination d'administrés les fonctionnaires du service eux-mêmes, considérés au point de vue de leur situation personnelle et des profits de leurs fonctions. En conséquence, les circulaires susceptibles d'intervenir pour régler ou modifier cette situation et ces profits n'étaient pas juridiquement obligatoires pour eux.

Cette conception se justifiait parfaitement à une époque où les circulaires ne pouvaient pas non plus « constituer des droits acquis pour les avantages » qu'elles conféraient. Mais nous savons que, depuis 1907, elles peuvent, sous certaines conditions, constituer de ces droits en faveur des fonctionnaires. En vertu d'une sorte de réciprocité, ne vont-elles pas désormais ajouter aux obligations de ceux-ci, même dans la mesure où ils ne sont que des administrés, c'est-à-dire au point de vue de leur situation personnelle? Pour parler plus exactement, sera-t-il dorénavant possible de continuer à considérer les fonctionnaires comme des administrés à ce point de vue? Le Conseil d'Etat ne se fonde-t-il pas précisément sur leur qualité d'agents du service intérieur, par opposition aux simples administrés, pour leur reconnaître un droit à l'observation des circulaires qui règlent à leur avantage cette même situation personnelle? Du caractère intérieur de la circulaire, il découle ainsi qu'elle est obligatoire pour l'Administration, *à l'égard de* l'agent du service intérieur, en ce qui concerne les droits qu'elle confère à cet agent. N'en

découle-t-il pas également qu'elle doit revêtir une valeur semblable à *l'encontre* de ce dernier, quant aux obligations qu'elle lui impose ?

Avant de répondre, observons que l'arrêt Fayard, point de départ de cette argumentation, se révélait déjà, dans l'ancienne jurisprudence, un indice de bienveillance du Conseil d'Etat à l'égard des fonctionnaires. Il aboutissait à cantonner le pouvoir discrétionnaire dans certaines limites, jusqu'au sein même du pouvoir disciplinaire. En toute rigueur, le Conseil d'Etat eût été libre de décider qu'il appartenait à l'Administration, non seulement de régler discrétionnairement les conditions dans lesquelles elle accorderait le traitement prévu par la loi, mais encore d'exiger la stricte observance des règles ainsi établies. Au contraire, dans le but de soustraire le fonctionnaire à l'arbitraire des supérieurs hiérarchiques, le Conseil a tiré ingénieusement parti des solutions qu'il donnait en matière de violation d'instruction, violation opposée *contre* l'Administration, et non *par* elle comme dans l'espèce Fayard. La formule : « Considérant qu'aucune disposition de loi ou de règlement n'exige », avec laquelle notre tribunal avait débouté bien des requérants, lui a servi cette fois à favoriser une requête !

A l'époque actuelle, où le Conseil d'Etat s'est posé « en défenseur des fonctionnaires publics », ne va-t-il pas, comme par le passé, fixer ses bornes au pouvoir disciplinaire, en tant que ce pouvoir prétend sanctionner les règles édictées par des circulaires ? Mais comment conciliera-t-il avec sa jurisprudence nou-

velle, qui voit dans l'Instruction générale un règlement intérieur pouvant lier l'Administration vis-à-vis des fonctionnaires?

Il ne conciliera pas. Les termes même dont il se servira reproduiront l'ancienne opposition entre l'Instruction générale, sans valeur, et la loi ou le règlement, seuls obligatoires. Si bien que nous serons amenés à constater, une fois de plus, en même temps que le caractère fuyant de cette jurisprudence et son apparence extérieure parfois incohérente, la persistance au fond de sa tendance libérale, de son œuvre sage et féconde de restriction au pouvoir discrétionnaire, dans la mesure où la bonne administration n'en doit pas souffrir. C'est ce souci de bonne administration, de moralité administrative, qui dicte des solutions souvent si dissemblables à première vue. Et tout en regrettant l'ambiguïté des termes, la brièveté parfois trop grande des arrêts rendus, l'on ne peut que s'incliner devant une juridiction d'équité qui a élargi le recours pour excès de pouvoir jusqu'à en faire le grand régulateur de l'Administration.

*
* *

Voici, par exemple, un cas typique où l'Administration paraissait sortir de la ligne de la fonction : une circulaire avait été concertée entre les divers Ministres, à l'effet de mettre en congé d'office sans traitement les fonctionnaires qui se porteraient candidats aux élections législatives. Par application de cette mesure générale, un préfet prend un arrêté

mettant en congé d'office sans traitement, pendant la période électorale, un instituteur candidat. Ce dernier, qui avait manifesté formellement l'intention de poursuivre l'exercice intégral de ses fonctions, se pourvoit contre l'arrêté du préfet. Le Conseil d'Etat lui donne gain de cause :

« Considérant que le seul fait, pour un fonctionnaire, de se présenter... ne saurait, *en l'absence de toute disposition réglementaire* à cet égard, régulièrement prise par l'autorité compétente, motiver sa mise en congé d'office... considérant qu'*aucun règlement* applicable aux instituteurs ne contenait de disposition relative à la situation des agents qui se présentent aux élections... le préfet a excédé la limite de ses pouvoirs. » (Sambat, 9 août 1918, S. 1921, 3. 25. Cf. *supra*, 1^{re} partie, p. 155.)

M. Hauriou commente longuement cet arrêt. Et, par la force des choses, il semble dès l'abord se mettre en contradiction avec lui-même. A l'occasion de l'arrêt Cochet d'Hattecourt, rendu quelques mois auparavant, il affirmait, en effet, comme un principe reconnu par le Conseil, que la circulaire ministérielle présente le caractère d'un règlement intérieur. Or voici qu'il écrit, sous l'arrêt Sambat, ce qui suit :

« Il est précisé qu'une circulaire n'est pas opposable à un fonctionnaire à ce point que le manquement à ses prescriptions pourrait motiver une punition disciplinaire telle que la mise en congé d'office avec privation de traitement. Une punition disciplinaire caractérisée doit être considérée comme une peine pour une faute commise, et *la violation d'une*

simple circulaire n'est pas une faute qui puisse justifier la peine... *La violation d'un règlement seul* eût été une faute méritant une pareille peine.» (Note sous l'arrêt Sambat, S. 1921. 3. 25.)

Un peu plus loin, se plaçant sur le terrain du libre exercice des droits, M. Hauriou est plus net encore :

« La candidature aux élections législatives est, pour le fonctionnaire qui est resté citoyen, l'exercice d'un droit, et l'exercice de ce droit ne peut pas être restreint par une simple circulaire. Or, en fait, aucun règlement de ce genre n'avait été pris; *une circulaire n'est pas un règlement.* » (*Ibid.*)

Elle n'est pas un règlement opposable aux administrés, soit. Mais n'est-elle pas un règlement à l'intérieur de l'Administration, règlement opposable par conséquent aux fonctionnaires du service ? En guise de réponse, M. Hauriou reprend purement et simplement la distinction qu'en 1898 il avait dégagée de l'arrêt Fayard. Les circulaires, dit-il en substance, sont opposables aux fonctionnaires et obligatoires pour eux quand elles règlent des détails de service. Elles ne le sont plus quand elles visent l'exercice de droits personnels aux fonctionnaires ceux-ci devenant alors eux-mêmes des tiers et des administrés.

Si l'on réfléchit que nous sommes en 1918, et qu'à cette époque le Conseil d'Etat estime qu'une circulaire ministérielle ne crée pas de droits à un simple administré (Cochet d'Hattecourt), mais en crée aux fonctionnaires sous certaines conditions, en ce qui touche notamment à leurs avantages de carrière et,

en général, à leur situation personnelle, on arrive à la conclusion curieuse que voici :

1^o Lorsqu'on veut protéger un fonctionnaire *contre une circulaire* qui l'atteint dans sa situation personnelle, on le considère comme un tiers, un simple administré, un simple particulier.

2^o Veut-on, en sens inverse, protéger un fonctionnaire dans sa situation personnelle *par une circulaire* réglant cette situation à son profit ? On se fonde alors sur une opposition entre son caractère d'agent du service, à l'égard duquel la circulaire s'assimile à un règlement intérieur, et le caractère de purs tiers étrangers à l'Administration, ignorants de la circulaire, qu'ont les simples administrés !

C'est ce que M. Hauriou est amené à reconnaître, en atténuant la brutalité voulue du contraste qui précède :

« Il est vrai que les fonctionnaires, pour leurs avantages de carrière, peuvent bénéficier de simples circulaires administratives et que la violation de ces circulaires à leur détriment est considérée comme une violation de la loi. De telle sorte que les circulaires font partie de la légalité pour les fonctionnaires, quand elles posent des règles qu'ils peuvent invoquer à leur profit et qu'elles ne font pas partie de la légalité quand elles posent des règles à invoquer contre eux ; elles constituent une légalité qui est profitable aux fonctionnaires et qui ne leur est pas opposable. » (S. 1921. 3. 25, en note.)

Cette analyse paraît singulièrement pénétrante et nous lui reprocherons seulement d'être un peu trop

absolue (cf. supra p. 271). La violation des circulaires au détriment des fonctionnaires n'est pas, en réalité, considérée de façon invariable comme une violation de la loi, même au cas où les circulaires touchent aux avantages de carrière. Il convient, nous l'avons vu, de se demander quelle valeur propre revêtent les dispositions contenues dans ces circulaires, si elles sont impératives ou simplement indicatives. Nous renvoyons sur ce sujet aux chapitres antérieurs.

*
* *

L'arrêt Sambat mettait en jeu une circulaire sortant de la fonction elle-même et du service, pour venir porter atteinte à la situation personnelle de l'instituteur requérant. A ce propos, nous avons cité, en la supposant démontrée, l'assertion de M. Hauriou, suivant laquelle les circulaires qui ne règlent au contraire que des détails de services sont opposables aux fonctionnaires et obligatoires pour eux. Or, il y aurait peut-être ici encore une distinction à opérer, selon le caractère plus ou moins impératif que revêtent ces circulaires. Cette observation nous est suggérée par un arrêt Floury, de 1920. Cet arrêt tend à prouver qu'un agent ou organe collectif compris dans la hiérarchie administrative n'est pas nécessairement tenu, à peine d'annulation de la décision qu'il prendrait, de se conformer aux dispositions d'une circulaire ne visant absolument que le service.

Le Ministre de la Guerre avait annulé la décision de la commission spéciale de réforme de la Seine

qui, selon lui, avait réformé illégalement le sieur Floury. Ce dernier aurait dû, en vertu de la circulaire du Sous-Secrétaire d'Etat du service de Santé, en date du 20 août 1916, être examiné dans un centre de réforme avant d'être présenté à ladite commission. Floury, qui s'était pourvu contre la décision le rappelant sous les drapeaux à la suite de l'annulation précédente, soutenait, à tort d'ailleurs, qu'il n'appartenait pas au Ministre de la Guerre d'annuler la décision de la commission, laquelle avait un pouvoir propre de décision. Il n'arguait en tout cas nullement du fait, que la cause de l'annulation résidait dans l'inobservation d'une simple circulaire.

Au contraire, le Conseil d'Etat commence par donner tort à Floury sur le point même de sa requête, car il appartient au Ministre de la Guerre de « vérifier la légalité des décisions des commissions de réforme, et de prononcer leur annulation lorsqu'elles ont été prises en violation des lois et règlements ». Mais le Conseil ajoute, sur la question de la légalité de la décision annulée :

« Considérant que la circulaire du Sous-Secrétaire d'Etat... contient *seulement des instructions de service* destinées à faciliter le fonctionnement des commissions de réforme et n'avait *pas le caractère d'un arrêté ministériel réglementaire* dont l'inobservation constituerait une irrégularité de nature à entraîner l'annulation des décisions intervenues sans l'accomplissement des mesures qu'elle avait prévues. » (23 janvier 1920, *Recueil*, p. 66.) Le Ministre de la Guerre a, par conséquent, excédé ses pouvoirs en prononçant

l'annulation de la décision pour inobservation des dispositions de la circulaire.

Nous ferons, au sujet de cet arrêt, deux remarques :

a) Au lieu d'être réformé et de défendre, en conséquence, la décision qui l'avait réformé, Floury aurait pu, au contraire, se voir maintenu au service. S'il s'était alors pourvu, en objectant la violation de la circulaire de 1916, contre la décision de la commission de réforme le maintenant dans l'armée, nous croyons qu'il eût obtenu gain de cause. Le Conseil d'Etat eût sans doute considéré que le fait de ne pas avoir été examiné dans un centre de réforme avant d'être présenté à la commission, constituait l'omission à l'égard et au détriment du requérant d'une formalité substantielle, au respect de laquelle la commission était tenue.

b) Mais l'intérêt du requérant voulait ici que la décision qui le réformait fût maintenue. A l'égard de la commission de réforme, quel besoin était-il d'annuler sa décision, qui ne lésait aucun intérêt légitime ? Nous sommes convaincus que ces seules raisons d'opportunité ont inspiré au fond l'arrêt rendu. Il est regrettable que le Conseil d'Etat ait cru devoir, une fois de plus, ressusciter l'opposition entre l'instruction de service et le règlement. Et non pas même le règlement supérieur qu'est le décret, mais l'arrêté ministériel réglementaire, qui émane de la même autorité que l'instruction générale, qui peut comme elle ne contenir que des règles intérieures au service (1),

(1) Cf. l'arrêté ministériel réglementaire du 19 mars 1900, cité dans l'arrêt Warnier, *supra*, p. 265.

qui ne diffère d'elle, le plus souvent, que par sa forme extérieure.

C'est là une façon de statuer du Conseil d'Etat dont il faut prendre son parti. Il reste, en tout cas, de l'arrêt précédent, ce que nous proposons de démontrer en l'analysant : à savoir qu'une circulaire, réglant uniquement des détails de service, n'est pas forcément obligatoire, sous peine d'annulation de la décision prise par lui, pour l'agent ou l'organe administratif compris dans la hiérarchie. Non seulement le Conseil refuse, comme en 1898 (Fayard), de sanctionner les obligations qu'une instruction générale voudrait imposer aux fonctionnaires, en portant atteinte à leur situation personnelle et de carrière; mais, de plus, il s'est aussi réservé d'examiner, dans chaque cas, le contenu des instructions générales qui imposent uniquement à ces fonctionnaires des obligations de service. Par là, il est à même de juger si la portée des instructions s'avère suffisante pour que leur violation puisse entraîner, soit une peine disciplinaire particulièrement grave, soit l'annulation d'une décision prise.

Ainsi nous voyons qu'en notre matière — et dans le but de protéger au maximum les droits des membres de l'institution — c'est dans toutes les directions que le contrôle juridictionnel s'exerce actuellement, sur l'usage que l'Administration peut faire de son pouvoir discrétionnaire.

CONCLUSIONS DE LA DEUXIÈME PARTIE

Après avoir donné pendant tout le ^{xix}^e siècle, sauf en de très rares circonstances, des solutions franchement négatives; après avoir rejeté, sans distinction de requérants et sans examen au fond, le moyen tiré de la violation de l'instruction générale; après avoir nié formellement ou implicitement qu'il pût y avoir là, au même titre que dans le cas de violation de la loi ou du règlement, ouverture au recours, le Conseil d'Etat a fini par distinguer nettement la situation des particuliers, tiers étrangers à l'Administration, et celle des membres incorporés à l'institution administrative. Il a examiné le contenu des instructions générales dont la violation lui était soumise par ces derniers, et, selon la nature des dispositions qu'il y trouvait, il a jugé en toute équité que l'Administration était ou n'était pas liée. Son critérium semble s'être inspiré de la distinction des dispositions impératives et des dispositions simplement indicatives. Pour conférer le caractère impératif à telle ou telle disposition, le Conseil a tenu compte avant tout des deux faits suivants: qu'elle assurait, notamment par les formalités substantielles y incluses, des garanties aux droits des requérants; qu'elle

interprétait, complétait, appliquait en un mot la loi ou le décret, au point de vue d'ailleurs des garanties aux droits (Rageot). En l'absence de ces deux faits, le Conseil n'a reconnu aux dispositions contenues dans les instructions générales qu'un caractère purement indicatif, c'est-à-dire que ces dispositions laissent intact le pouvoir discrétionnaire.

Et sans doute le critérium risque de paraître arbitraire, mais le Conseil d'Etat pouvait-il lier l'Administration d'une manière absolue? Pouvait-il déclarer que l'instruction générale, prise dans le service intérieur et s'appliquant aux agents de ce service intérieur, vaut en tout état de cause règlement vis-à-vis de ces derniers, et consacre à leur profit un droit à son application tant qu'elle n'a pas été rapportée? Il semble que deux raisons principales l'en empêchaient :

1^o Une bonne administration n'est réalisable qu'à la faveur d'une certaine marge d'appréciation discrétionnaire dans l'application des textes, quels qu'ils soient; 2^o en second lieu, il serait inadmissible de poser une règle uniforme pour toutes les instructions générales, actes absolument différents de l'un à l'autre par leur contenu, leur portée, leur mise en pratique. S'il s'imposait de tenir compte de l'espèce, c'était évidemment en cette matière.

Somme toute, le grand progrès de la nouvelle jurisprudence réside en ceci, qu'elle déclare *a priori* recevable le moyen fondé sur la violation de l'instruction. Elle n'oppose plus cet argument, que l'acte invoqué ne présente aucun caractère législatif ou

réglementaire : à condition que le requérant qui invoque l'acte ne soit pas un étranger à l'institution administrative.

Mais au moins dans les termes, l'ancienne jurisprudence n'est pas tout à fait morte. C'est ainsi que, par brièveté excessive, par emploi de formule « clichée », le Conseil semble parfois revenir très loin en arrière. Il ne faut point se hâter de l'accuser d'incohérence et de régression. Il va sa marche sûre vers un but élevé de liberté administrative et de garantie des droits, mais il est ennemi des étapes brusquées. Il aime à se réserver ce qu'on appelle vulgairement des portes de sortie. C'est peut-être ce qui lui a permis de s'adapter, avec un rare bonheur, à tant de situations difficiles nées des circonstances. En notre matière, quelque soit le libellé des arrêts intervenus depuis 1907, la conviction suivante se fait jour : le Conseil d'Etat considère invariablement l'Administration comme liée et le fonctionnaire comme investi d'un droit à elle opposable, chaque fois qu'une garantie résulte pour ce dernier des formalités véritablement substantielles édictées par une simple instruction générale. Il eût été excessif de poser le principe que toutes les dispositions de l'instruction impliquant un avantage quelconque en faveur d'un fonctionnaire lui constitueraient un droit. Il était très suffisant de reconnaître la possibilité d'un examen de chaque espèce.

*
* *

Tout le résumé précédent ne s'applique qu'aux

recours des fonctionnaires ou membres de l'institution administrative. On peut se demander s'il n'est pas souhaitable que, dans l'avenir, le Conseil d'Etat étende aux recours des particuliers, simples tiers vis-à-vis de l'Administration, les mêmes solutions. Ne faut-il pas admettre que, dans cette hypothèse aussi, il serait bon de reconnaître la possibilité d'un examen de chaque espèce ? Il est rare évidemment qu'un simple administré tire d'une instruction générale des droits ou des garanties à des droits antérieurs, tenus par exemple de la loi ou du décret. Mais le fait peut se concevoir, puisqu'aussi bien il arrive qu'une instruction générale dispose directement pour les particuliers (1). Repousser le moyen sans examen au fond, comme le Conseil le fait en 1918 dans l'arrêt Cochet d'Hattecourt, sous prétexte que l'instruction ne constitue qu'un acte d'administration intérieure, c'est user d'une présomption, qui, de même que toutes les présomptions susceptibles de frapper les actes administratifs en raison de leur nature même, est singulièrement critiquable. Le commissaire du Gouvernement Robert, en 1864, et M. Aucoc, en 1857, voyaient plus juste, quand ils poussaient le Conseil d'Etat à analyser le contenu des instructions invoquées par de simples particu-

(1) Cf. première partie, p. 163, Chambre syndicale des Fabricants d'Eaux gazeuses de Paris. Supposer que les débitants, exemptés de la taxe d'inspection en vertu des instructions du Ministre de l'Agriculture, s'en soient cependant vu réclamer le montant et aient, en conséquence, formé un pourvoi contre l'acte les soumettant à cette taxe, en violation des instructions précitées.

liers (1). Il faudrait de même, dans la nouvelle jurisprudence trop exclusivement cantonnée, que le Conseil d'Etat prit en considération dans tous les cas la nature intrinsèque de l'instruction générale, dont on lui demande en l'espèce d'assurer le respect. En d'autres termes, nous voudrions qu'il adoptât, pour rejeter le moyen, quand il y a lieu de le rejeter, non pas l'argument qui se fonde sur le seul aspect extérieur d'instruction de service, acte purement intérieur sans caractère réglementaire (Cochet d'Hattecourt), mais bien l'argument qui s'appuie sur le fond même de l'acte (2).

Mais peut-être est-il prématuré d'exprimer ce désir. Traiter de façon identique les recours des tiers et les recours des membres de l'institution, ce serait pour le Conseil d'Etat dépasser non seulement la notion de vie intérieure de l'Administration publique, mais aussi celle, qui en découle, de l'instruction générale considérée comme un règlement intérieur, valable seulement dans la sphère administrative. Or, c'est précisément sur cette double notion que le

(1) Gaunard et Héritiers Merle. Cf. Robert : « Système de garanties essentielles ». Et M. Aucoc : « Formalité substantielle qui constitue une garantie pour les héritiers ». *Supra* p. 227 et 234.

(2) D'où un libellé semblable, s'il s'agit par exemple d'une formalité à remplir par l'Administration, à celui de l'arrêt Colonel Fumet (30 janvier 1914, *Recueil*, p. 100), ou de toute la série analogue vue *supra* p. 281. « Cette disposition n'a entendu créer, pour les intéressés, aucune garantie spéciale et n'a eu ni pour but, ni pour effet de faire de cette formalité une obligation pour l'Administration et un droit pour le requérant. » (Cf. aussi *supra*, p. 306.)

haut tribunal a fondé la jurisprudence nouvelle que nous avons jalonnée en 1907 et 1909 par les arrêts Morand-Monteil et Rageot. Rien encore ne fait pressentir qu'il la doive si vite perdre de vue.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

A essayer ainsi l'instruction de service, suivant une expression de M. Grélat, à la pierre de touche du recours pour excès de pouvoir, au point de vue de son annulation comme à celui de sa violation, nous sommes parvenus à dégager deux distinctions essentielles. La première, du côté de l'acte, est entre l'instruction particulière, qui ressemble à la décision individuelle, et l'instruction générale (circulaire ministérielle le plus souvent), qui ressemble à un règlement.

La seconde, du côté des requérants, est entre les simples administrés, purs tiers vis-à-vis de l'Administration, et les fonctionnaires, membres de l'institution administrative. Elle ne constitue d'ailleurs qu'une sous-distinction de la précédente, le Conseil d'Etat ne tenant compte de la qualité des requérants que lorsqu'une instruction générale est en jeu. S'il s'agit d'une instruction simplement particulière, la solution en principe ne change pas, quel que soit celui qui en demande l'annulation. Et quant à la violation d'une telle instruction, elle ne saurait constituer, à l'égard de quiconque, une ouverture au recours. Seule, l'inobservation de règles générales peut revêtir ce

caractère, en s'assimilant à une violation de la loi ou des règlements.

A quels résultats jurisprudentiels le Conseil d'Etat a-t-il abouti, dans le cadre de chacune de ces distinctions ?

1^o En présence du recours en annulation formé contre une instruction *particulière*, qualifiée d'ailleurs ordinairement de « décision » par le requérant, le Conseil, abandonnant la présomption suivant laquelle cet acte serait par nature impuissant à faire grief, recherche si, en l'espèce, l'instruction constitue bien une décision portant d'ores et déjà atteinte à un intérêt légitime. Cette méthode est absolument sage, car on ne peut laisser entraver sans retenue par les requérants l'exercice du pouvoir de direction hiérarchique.

2^o Avec l'instruction *générale*, nous entrons dans le cadre de la distinction faite entre les requérants. Au point de vue de l'annulation, le Conseil déclare les fonctionnaires recevables à lui déférer directement la circulaire, qui les lèse illégalement dans leur situation de carrière. Au point de vue de la violation, il les admet à invoquer devant lui, à l'appui d'un recours contre une décision de l'Administration, l'inobservation d'une circulaire qui leur confère au contraire des garanties ou des droits. Dans les deux cas, le Conseil s'est inspiré, plus ou moins consciemment, de cette idée que la circulaire constituait à l'égard des fonctionnaires une sorte de règlement intérieur. Ainsi il ne sort pas du domaine de la vie intérieure de l'institution administrative. Il en élargit seulement

la conception. Il s'affranchit de la présomption erronée, suivant laquelle une instruction même générale n'a de valeur que dans les rapports entre le supérieur de qui elle émane et l'inférieur qui la reçoit. Le Conseil d'Etat a compris que les fonctionnaires que cette instruction régit comme les régirait un règlement forment, vis-à-vis d'elle, une catégorie spéciale d'administrés placés au sein de l'institution.

Une présomption subsiste, à savoir que l'instruction générale reste dépourvue de toute valeur à l'égard des requérants qui, vis-à-vis de l'Administration, sont des tiers. Ils ne peuvent en demander l'annulation pour illégalité quand ils sont atteints par elle dans un droit ou un intérêt. En sens inverse, ils ne peuvent en invoquer les dispositions, lorsque celles-ci, qui leur conféraient des avantages ou des garanties, n'ont pas été observées par l'Administration.

D'ailleurs, une série de remarques, qu'il est facile de prévoir, s'imposent :

α) D'une part, les fonctionnaires ne sont pas invariablement admis, dans la jurisprudence que nous avons étudiée, à déférer directement une instruction générale au Conseil d'Etat. Une tendance persiste, qui s'oppose à la précédente et qui pousse notre tribunal à maintenir ici même l'exigence de la décision contenue dans l'instruction, ou mieux encore l'exigence de l'acte d'application individuelle.

D'autre part, et en sens contraire, on peut s'attendre depuis 1922 (arrêt Chambre syndicale des Fabricants d'Eaux gazeuses de Paris), à ce que le Conseil admette les simples administrés à lui déférer

ouvertement une instruction dont le caractère de généralité est évident, à condition qu'ils soient visés directement par elle.

β) Nous passons sous silence, au sujet de la violation de l'instruction générale, violation opposée cependant par des fonctionnaires, les contradictions apparentes entre les arrêts, que nous avons dites découler des termes mêmes, du libellé de ces arrêts et non pas du fond.

γ) Et nous ne répétons pas le vœu, exprimé dans la conclusion de la seconde partie, que, même au cas de violation invoquée par de simples administrés, le Conseil d'Etat reconnaisse la possibilité d'un examen de l'espèce, en abandonnant toute présomption tirée du « caractère d'acte d'administration intérieure » de l'instruction générale.

Il est impossible par conséquent, après ces diverses réflexions, de ne pas voir que la jurisprudence du Conseil, tant sur l'annulation que sur la violation, est loin encore, en ce qui concerne la légalité et la valeur obligatoire de l'instruction générale, d'être *complètement et définitivement* évoluée.

* * *

Il n'en reste pas moins que, depuis les premières années du ^{xx}e siècle, cette jurisprudence a parcouru déjà un chemin considérable. Le pouvoir discrétionnaire se donnait auparavant libre cours, abrité qu'il était derrière la notion de vie intérieure de l'Administration. Il permettait aux supérieurs hiérarchiques non seulement de guider les subordonnés sur des

points particuliers, mais aussi d'édicter de véritables réglementations. Or, à partir de 1900, et sans aucune solution de continuité, il s'est vu soumettre de plus en plus étroitement au contrôle juridictionnel dans le domaine spécial de l'instruction de service. L'arbitraire, qui présidait notamment à la destinée des fonctionnaires publics, s'est trouvé sensiblement réduit, du jour où ces « citoyens dans l'institution administrative » (M. Hauriou) ont été à même et de réclamer par la voie contentieuse le respect de tous textes, y compris les instructions ministérielles, leur conférant des garanties ou des droits et de déférer au Conseil d'Etat pour annulation tous textes y compris ces mêmes instructions, édictant une réglementation illégale à leur détriment.

En ce qui concerne les simples administrés, le Conseil d'Etat a manifesté de même la volonté de soumettre à son contrôle le pouvoir discrétionnaire disposant par voie générale à leur égard, lorsqu'en 1922 il a annulé *ultra petita* les instructions du Ministre de l'Agriculture (Chambre syndicale, cf. supra, 1^{re} partie, p. 166).

Si donc nous nous plaçons à l'époque actuelle (1923) et partons de la table rase, en supposant que nous ne connaissons ni la doctrine, ni la jurisprudence ancienne, il nous apparaîtra évident qu'un acte qui joue dans le recours pour excès de pouvoir, sauvegarde de la bonne administration, un rôle si important, et ce dans deux directions différentes (annulation, violation), cet acte possède une valeur juridique et

constitue un acte administratif. En lui attribuant une valeur juridique, nous ne restons pas sur le terrain du rapport de service entre le supérieur et l'inférieur. Nous nous établissons sur celui des relations qui existent entre l'Administration, considérée comme puissance publique, et les administrés, que ceux-ci soient par ailleurs fonctionnaires ou simples tiers. Le recours pour excès de pouvoir est précisément fait pour trancher les conflits qui peuvent naître — et qui naissent — de ces relations. De ce que le Conseil d'Etat envisage, autrement qu'au point de vue de son autorité doctrinale, l'instruction de service, au moins quand elle présente un caractère général, soit en la soumettant à son examen du point de vue de la légalité (annulation), soit en l'introduisant dans le mécanisme du recours comme un rouage nécessaire (violation), il résulte que pour les requérants aussi, quels qu'ils soient, elle a plus qu'une autorité doctrinale, elle a une valeur juridique.

Et dès l'instant que la nature juridique de l'instruction de service fait l'objet d'une discussion de doctrine entre les auteurs, cette discussion ne peut s'abstraire des solutions jurisprudentielles ni de l'évolution qu'elles ont subie. En 1923, comme au temps de Laferrière, le passage suivant du célèbre juriste conserve encore sa vérité profonde :

« Pour le droit codifié, l'exégèse des textes est la méthode dominante et la jurisprudence ne peut être qu'un auxiliaire; pour le droit administratif, c'est l'inverse... *La jurisprudence est ici la véritable source*

de la doctrine, parce qu'elle seule peut... établir une hiérarchie entre les textes, remédier à leur silence, à leur obscurité ou à leur insuffisance, en ayant recours aux principes généraux du droit et de l'équité. »
(Laferrière, op. cit., préface, p. VII).

FIN

Vu :

Nancy, le 1^{er} mai 1924.

Le Président de Thèse :

G. RENARD.

Vu :

Nancy, le 1^{er} mai 1924.

Le Doyen de la Faculté :

F. GÉNY.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 2 mai 1924,

Le Recteur de l'Académie :

Ch. ADAM,

Membre de l'Institut.

TABLE CHRONOLOGIQUE

des arrêts du Conseil d'Etat cités dans ce ouvrage

	Pages
29 mai 1808, S. 2. 395, Demoiselles Maserany.....	21
17 janvier 1814, S. 2. 375, Siebert-Pleyel contre l'Administration des droits réunis.....	22
10 septembre 1817, S. 2. 235, Robert.....	22
13 mars 1822, Recueil, p. 256, De Cousso.....	190
16 novembre 1825, Recueil, p. 677, Commune de Romainville	23
12 août 1829, Recueil, p. 327, Blaizac.....	23
15 juillet 1832, Recueil, p. 389, Abat et consorts..	25
19 juillet 1837, Recueil, p. 342, De Plancy.....	23
24 juin 1840, S. 1840. 2. 475, Ville de Strâsbourg contre Ministre des Finances.....	66
30 juillet 1840, Recueil, p. 265, Périès.....	190
19 décembre 1848, Recueil, p. 692, <i>Alem</i>	238
16 avril 1851, Recueil, p. 273, Béchameil.....	204
30 juin 1853, Recueil, p. 656, <i>Dumas</i>	195
4 septembre 1856, Recueil, p. 577, Locquié et consorts	64
22 janvier 1857, S. 1857. 2. 719, <i>Héritiers Merle</i> , Recueil, p. 70, Brunet et consorts.....	233
15 juin 1864, Recueil, p. 57, <i>Gaunard</i>	221
1 ^{er} mars 1866, S. 1867. 2. 92, Rousseau et autre..	236
24 janvier 1867, Recueil, p. 95, Fabrique de Taupont.	82
1 ^{er} août 1867, Recueil, p. 734, Héri iers Dezaibats.	236
19 mars 1868, Recueil, p. 325, <i>Champy</i>	199

	Pages
9 février 1870, Recueil, p. 60, Commune de Beaumont-le-Roger.....	34
19 juillet 1871, S. 1873. 2. 31, Neveu et autres....	228
13 mars 1872, S. 1872. 2. 60, Recueil, p. 157, Tame- lier	31
23 mars 1873, Dalloz, 1874, 3. 25, Ville de Lyon..	44
2 juillet 1875, Recueil, p. 669, Fouques de Wagnon- ville	47
2 juillet 1875, Recueil, p. 651, Provençal et Tastel.	229
23 juin 1876, Recueil, p. 597, Vergnon contre Ministre de la Guerre.....	89
10 novembre 1876, S. 1878. 2. 341, Recueil, p. 811, Ville de Bayeux.....	205, 212
23 mars 1877, Recueil, p. 313, Dame Saradin contre le Ministre de la Guerre.....	69 et 95
13 juillet 1877, Recueil, p. 707, Durieux et Bernard contre Ministre de la Guerre.....	34
27 juillet 1877, Recueil, p. 747, Dame veuve Véron.	96
27 juin 1879, S. 1881. 2. 6. Suchet contre De Bernon.	242
28 novembre 1879, S. 1881. 3. 19, Kalfallah-Assam.	211
9 décembre 1879, Recueil, p. 801, Dame Armand.	31
	38 et 44
18 janvier 1880, Recueil, p. 58, Fabrique d'Astaffort.	64
8 avril 1881, S. 1882. 3. 24, Piolenc.....	40
24 juillet 1881, Recueil, p. 635, Evêque de Coutances.	37
4 décembre 1883, S. 1885. 3. 63, De Lacroix.....	207
7 décembre 1883, Recueil, p. 889, Mabille... 201 et	212
21 novembre 1884, Recueil, p. 803, Conseil de Fabri- que de l'Eglise de Saint-Nicolas-des-Champs....	46
9 mars 1888, S. 1890. 3. 17, Solleux.....	36 et 211
20 avril 1888, S. 1980. 3. 25, Dalloz, 1889. 3. 65, Casse et autres.....	39
28 février 1890, Recueil, p. 245, Compagnie P.-L.-M.	98
25 juillet 1890, Recueil, p. 715, Ville de Philippeville	34
29 novembre 1895, Recueil, p. 762, Jeuvrin.....	36
7 février 1896, S. 1898, 3. 40, Cornaille, Leroy et autres	85

	Pages
22 mai 1896, S. 1898. 3. 74, Commune de la Teste de Buch	213
19 février 1897, S. 1898. 3. 65, De Perthuis.....	208
29 juillet 1898, S. 1899. 3. 49, <i>Fayard</i>	215
23 mars 1900, Recueil, p. 226, Ville de Troyes....	91
1 ^{er} mars 1901, Recueil, p. 228, Commune de Taxat-Senat	29
1 ^{er} mars 1901, Recueil, p. 237, Société des Docks de Bourgogne et Entrepôts de la Côte-d'Or.....	104
22 mars 1901, Recueil, p. 345, Pagès.....	56
19 décembre 1902, S. 1903. 3. 9, Gossoin.....	90
13 mars 1903, Recueil, p. 238, Allicane.....	78
15 mai 1903, Recueil, p. 366, Gabrielli.....	106
19 juin 1903, Recueil, p. 454, Chambre de Commerce d'Angers	29
12 février 1904, Recueil, p. 121, Marin.....	37
4 mars 1904, Recueil, p. 178, Trévoux.....	290
17 juin 1904, Recueil, p. 463, Mercier de la Frégo-lière.....	57
11 novembre 1904, Recueil, p. 692, Bastard... 79 et 86	
16 décembre 1904, Recueil, p. 823, Bazenant, Delpon et autres.....	69 et 99
7 juillet 1905, Recueil, p. 625, Warnier.....	265
7 juillet 1905, Recueil, p. 609, Borel.....	27 et 35
7 juillet 1906, Recueil, p. 614, Vittoriani.....	58
15 décembre 1905, Recueil, p. 941, <i>Olivier</i>	200
9 mars 1906, Recueil, p. 217, Dame Maître.....	92
1 ^{er} juin 1906, Recueil, p. 501, <i>Thibaut</i>	109
2 août 1907, S. 1910. 3. 4, <i>Morand-Monteil</i>	247
24 janvier 1908, S. 1910. 3. 53, Sauvelet.....	73
27 novembre 1908, Recueil, p. 973, Alcindor contre Montsarrat	48
18 décembre 1908, Recueil, p. 1070, Syndicat des Pilotes de Cette.....	80
22 janvier 1909, Recueil, p. 78, Lesage et autres... 246	
26 mars 1909, Recueil, p. 331, Brusson.....	49 et 286

	Pages
30 avril 1909, Recueil, p. 432, Commune de Saint-Memmie	260
9 juillet 1909, S. 1911. 3.33, Commune d'Evillers.	50
6 août 1909, S. 1912. 3. 47, <i>Rageot</i>	249
10 décembre 1909, Recueil, p. 979, Carsault. 67 et	167
22 juillet 1910, Recueil, p. 620, <i>Fedel et autres</i>	112
2 décembre 1910, S. 1913. 3. 59, Recueil, p. 863, Commune de Saint-Malo.....	74
3 février 1911, S. 1913. 3. 94, <i>Rossi</i>	115
26 mai 1911, Recueil, p. 625, S. 1914. 3. 7, Commune de Heugas.....	70
12 janvier 1912, S. 1914. 3. 105, Société de Vidanges des propriétaires et locataires rouennais.....	253
26 janvier 1912, Recueil, p. 99, Bureau de bienfaisance de Versailles.....	71
26 janvier 1912, S. 1913. 3. 17, Blot.....	264
22 mars 1912, S. 1913. 3. 105. Le Moign.....	187 et 266
30 mai 1913, Recueil, p. 599, Heilmann et autres.	101
11 juillet 1913, Recueil, p. 849, Maire de Quimper.	67
4 août 1913, Recueil, p. 969, Desplas.....	128 et 138
4 août 1913, Recueil, p. 979, Fabre et consorts....	256
30 janvier 1914, Recueil, p. 100, Colonel Fumet..	281
30 janvier 1914, Recueil, p. 101, Boucé	87
27 février 1914, Recueil, p. 271, Turmel.....	302
3 avril 1914, Recueil, p. 441, Digard.....	278
30 juillet 1915, Recueil, p. 255, Boitel.....	129 et 138
24 novembre 1916, Recueil, p. 479, <i>Fabre</i>	126 et 139
22 juin 1917, Recueil, p. 487, Amadiou. 292, 299 et	303
28 décembre 1917, Recueil, p. 865, Blanchard....	291
28 décembre 1917, Recueil, p. 866, Steiner.....	297
4 janvier 1918, Recueil, p. 7, Reneaux.....	257
22 février 1918, S. 1921. 3. 9, <i>Cochet d'Hattecourt</i> .	257
22 mars 1918. Recueil p. 294, Navarre.....	254
19 avril 1918, Recueil, p. 351, Madon, maire de la La Valette du Var.....	146
9 août 1918, Recueil, p. 819, Sauvage.....	254

	Pages
9 août 1918, S. 1921. 3. 25, <i>Sambat</i>	155 et 313
10 août 1918, Recueil, p. 840, Rohlf's.....	284
27 décembre 1918, Recueil, p. 1161, Legrand. 131 et 139	
27 décembre 1918, Recueil, p. 1185, Chevassu et autres	158
17 janvier 1919, Recueil, p. 37, Dame Toutain, 149 (en note).	
14 février 1919, Recueil, p. 140, Colonel Leray...	281
21 février 1919, Recueil, p. 171, Record.....	132 et 139
27 février 1919, Recueil p. 169, Faure,....	300 et 303
27 juin 1919, Recueil, p. 558, Gibert (1 ^{re} espèce).	281
18 juillet 1919, Recueil, p. 639, Maugard, 278 (cité en note).	
21 novembre 1919, Recueil, p. 833, Roux.....	297
21 novembre 1919, Recueil, p. 857, Autier.....	158
28 novembre 1919, Recueil, p. 857, Barral.....	155
9 janvier 1920, Recueil, p. 13, <i>Agombard</i>	157
23 janvier 1920, Recueil, p. 66, <i>Floury</i>	317
30 janvier 1920, Recueil, p. 103, Marty.....	279
6 février 1920, Recueil, p. 147, Laget, Bruneau, Palmade	158
20 février 1920, Recueil, p. 169, Génin.....	292
5 mars 1920, Recueil, p. 242, Devarenne et Forgette.	158
20 mars 1920, Recueil, p. 324, Laporte.....	291
7 mai 1920, Recueil, p. 447, Guyot d'Asnières de Salins.....	154 et 168
14 mai 1920, Recueil, p. 473, Hanna-Charley (1 ^{re} espèce)	284
14 mai 1920, Recueil, p. 474, Hanna-Charley (2 ^e espèce)	286
31 mai 1920, Recueil, p. 537, Mailles.....	294
11 juin 1920, Recueil, p. 573, Hiti à Hiti et Tefau.	147
18 juin 1920, Recueil, p. 585, Devaux.....	153
18 juin 1920, Recueil, p. 630, Deflesselle.....	155
25 juin 1920, Recueil, p. 630, Taunay.....	149
29 octobre 1920, Recueil, p. 900, Deloze.....	148
17 décembre 1920, Recueil, p. 1073, Boniquet....	295

	Pages
24 décembre 1920, Recueil, p. 1103, De Girard de la Chaise.....	155
7 janvier 1921, Recueil, p. 13, Marandet.....	281
21 janvier 1921, Recueil, p. 67, Jérémie.....	297
28 janvier 1921, Recueil, p. 100, Huguen.....	284
4 février 1921, Recueil, p. 125, Demont.....	291
18 février 1921, Recueil, p. 178, Legrand... 301 et	304
25 février 1921, Recueil, p. 225, Legendre.....	286
17 février 1922, Revue de Droit public, 1922 p. 245 et suivantes: <i>Association professionnelle de la Préfecture de police</i>	133 et 140
24 mars 1922, Revue de Droit public, 1922, p. 247 et suivantes. <i>Chambre syndicale des Fabricants d'Eaux gazeuses de Paris</i>	135, 150, 162 et 175

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE.....	5
INTRODUCTION	9
PREMIÈRE PARTIE. — <i>Recevabilité du recours en annulation formé contre l'instruction de ser- vice</i>	17
TITRE I ^{er} . — <i>La rigueur de la jurisprudence ancienne, fondée sur une présomption</i>	17
CHAPITRE PREMIER. — Généralités.....	17
CHAPITRE II. — L'instruction de service ne cons- titue pas décision. — Portée exacte du terme « décision ».....	21
CHAPITRE III. — Seul l'acte ultérieur qui intervient en exécution de l'instruction de service cons- titue décision.....	32
CHAPITRE IV. — L'évolution jurisprudentielle, qui tend à élargir la notion de grief.....	42
CHAPITRE V. — Le principe de séparation des com- pétences. Son importance dans notre sujet ..	54
TITRE II. — <i>Atténuations apportées par le Conseil d'Etat à la rigueur de sa jurisprudence ancienne</i> .	61
Section I ^{re} . — La recevabilité admise à la faveur d'un détour jurisprudentiel.....	63
CHAPITRE PREMIER. — L'inférieur a notifié ou com-	

	Pages
muniqué au requérant l'instruction du supérieur	63
CHAPITRE II. — Le Ministre fournit, à l'occasion du pourvoi, des observations qui portent sur le fond	78
CHAPITRE III. — L'instruction de service aboutit à rejeter un recours, une réclamation ou une demande.....	88
CHAPITRE IV. — L'instruction de service qui, en elle-même, ne peut être déférée au Conseil d'Etat, contient ou constitue une décision susceptible de recours.....	103
CHAPITRE V. — Un arrêt de transition, l'arrêt Rossi (3 février 1911).....	114
Section II ^e . — La recevabilité admise purement et simplement. Dans quelles conditions et dans quelle mesure ?.....	126
CHAPITRE PREMIER. — Un arrêt de principe : l'arrêt Fabre (24 novembre 1916). Arrêts analogues qui l'ont précédé et suivi.....	126
CHAPITRE II. — Les solutions jurisprudentielles données dans l'arrêt Fabre et dans les arrêts analogues supposent réunies deux conditions solidaires	137
CHAPITRE III. — En l'absence des deux conditions ci-dessus, ou de l'une d'elles, le Conseil d'Etat n'admet plus la recevabilité ou ne l'admet qu'à la faveur d'un détour.....	145
CHAPITRE IV. — Malgré la réunion des deux conditions précédentes, le Conseil d'Etat, dans bien des cas encore, refuse de recevoir le recours.	

	Pages
— Existence de deux courants jurisprudentiels.	152
CHAPITRE V. — L'arrêt du 24 mars 1922 : Chambre syndicale des Fabricants d'Eaux gazeuses de Paris. Sa portée.....	162
CONCLUSIONS DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	172
DEUXIÈME PARTIE. — <i>La violation de l'instruction de service, ouverture du recours pour excès de pouvoir</i>	183
GÉNÉRALITÉS	183
TITRE PREMIER. — <i>La jurisprudence ancienne</i> .	189
Section I ^{re} . — La règle.....	189
CHAPITRE PREMIER. — Sa formation et son analyse par la doctrine.....	189
CHAPITRE II. — Les arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat repousse expressément l'ouverture..	195
CHAPITRE III. — Les arrêts d'où ne découlent que que des solutions implicites.....	203
CHAPITRE IV. — Une question corrélatrice: l'instruction générale, qui ne crée pas de droits aux administrés, leur impose-t-elle des obligations ?.....	210
Section II ^{re} . — Les exceptions.....	220
CHAPITRE PREMIER. — L'arrêt Gaunard, du 15 juin 1864. Une instruction générale, de valeur exceptionnelle.....	220
CHAPITRE II. — Une autre instruction générale de valeur également exceptionnelle : l'arrêt Héritiers Merle, du 22 janvier 1857.....	232
CHAPITRE III. — L'arrêt Alem, du 19 décembre 1848	238
TITRE II. — <i>La jurisprudence nouvelle</i>	247

	Pages
Section I^{re}. — Le revirement jurisprudentiel.....	247
CHAPITRE PREMIER. — Les arrêts Morand-Monteil et Rageot.....	247
CHAPITRE II. — Persistance de l'ancienne juris- prudence, vis-à-vis des recours des simples administrés	253
Section II^e. — La jurisprudence nouvelle, réservée aux recours des membres de l'institution admi- nistrative	263
CHAPITRE PREMIER. — Ses raisons d'être et sa justi- fication théorique, par M. Hauriou.....	263
CHAPITRE II. — Nécessité de compléter la théorie de M. Hauriou par la distinction des disposi- tions impératives et des dispositions simple- ment indicatives.....	270
CHAPITRE III. — Les dispositions impératives. — Garantie des droits. Exécution de la loi ou du décret	276
CHAPITRE IV. — Les dispositions simplement indi- catives. — La limite du pouvoir discrétionnaire,	290
CHAPITRE V. — Exceptions apparentes à la juris- prudence nouvelle.....	296
Section III^e. — Une question corrélatrice: l'instruc- tion générale, susceptible, depuis 1907, de conférer des droits, peut-elle imposer des obligations trouvant leur sanction au conten- tieux	309
CHAPITRE UNIQUE	309
CONCLUSIONS DE LA DEUXIÈME PARTIE	321
CONCLUSIONS GÉNÉRALES	327

